Die Ungültigkeit

der

lex commissoria beim Pfandrechte.

Inaugural-Dissertation

der hohen juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Joachim v. Broecker,
Referendar in Hamburg.

Hamburg.
Lucas Gräfe & Sillem.
1896.

Die Ungültigkeit

der

lex commissoria beim Pfandrechte.

Inaugural-Dissertation

der hohen juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

zur Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Joachim v. Broecker,
Referendar in Hamburg.

Hamburg.
Lucas Gräfe & Sillem.
1896.

Disposition und Inhalt.

Einleitung: Das Alter der lex commissoria. Die verschiedenen Stadien der Entwickelung. Plan der Arbeit (S. 1—2).

Ausführung:

A. (cap. I.) Die Wirksamkeit der lex commissoria gegenüber dem Verpfänder während der I. Periode (römisches Recht) (S. 2—11).

I. Juristische Natur der lex commissoria. Sie folgt

§ 1. a. aus der Wortbedeutung (S. 2—4).

§ 2. b. aus allgemeinen Gründen und Analogieen (S. 4—8).

§ 3. II. Wirkungen der lex commissoria (S. 8—11).

B. (cap. II.) Die Wirksamkeit der lex commissoria gegenüber dem Verpfänder während der II. Periode (römisches Recht nach Konstantin und gemeines Recht) (S. 11—51).

I. (Abschnitt I.) Die Zeit bis zum 14. November 1867 (S. 11—46).

a. Das Verbot der lex commissoria.

§ 4. 1. Seine Gründe (S. 11—14).

§ 5. 2. Sein Wortlaut und seine Wiederholungen (S. 14—16).

b. Der Umfang des Verbotes.

§ 6. 1. Nach seinem Wortlaut ist verboten (S. 16—19)

α. nur die pfandrechtliche lex commissoria.

β. jede pfandrechtliche lex commissoria.

aa. nicht nur beim pignus i. e. S.

bb. jede, auch nicht wucherische l. c.

cc. auch die l. c. ex intervallo contracta.

2. Nach allgemeinen Grundsätzen ist das Verbot auf die Fälle auszudehnen, in welchen unter anderen Kontraktsformen faktisch sich eine lex commissoria verbirgt, m. a. W. auf die Fälle des in fraudem legis facere. Dahin gehören besonders

§ 7. α. das pactum de retrovendendo (S. 19—21),

β. der Kauf des Pfandobjektes seitens des Gläubigers, wobei folgende Fälle zu unterscheiden sind:

§ 8. aa. Kaufpreis und Forderungshöhe sind verschieden (S. 21—24),

§ 9. bb. Kaufpreis und Forderungshöhe sind gleich, und zwar
αα. der Kauf wird mit dem Pfandvertrage gleichzeitig,
ββ. nachträglich abgeschlossen (S. 24—27);
§ 10. γ. die datio in solutum, entweder (S. 27—29)
aa. zur Zeit der Fälligkeit der Forderung oder
bb. vorher;
§ 11. δ. der Kaufkontrakt mit dem Bürgen (l. 81 D. 18, 1) (S. 29—32).
c. Die Wirkungen des Verbotes und damit die Wirksamkeit der lex commissoria gegenüber dem Verpfänder.
§ 12. 1. In dem Verbot Konstantins ausgesprochene Wirkungen (S. 32—33), betreffend
α. die Rückwirkung desselben und
β. den Eigentumsübergang.
2. Aus der Natur der Sache folgende Wirkungen. Die Unwirksamkeit der lex commissoria wird nicht durch Verzicht des Schuldners aufgehoben, mag dieser Verzicht nun
α. vor der Klageerhebung stattgefunden haben, wobei es auch keinen Unterschied macht, ob er
§ 13. aa. einfach war oder (S. 33—34)
bb. eidlich bestärkt wurde, eine Folge
§ 14. αα. nicht aus c. 7 X. de pign. (S. 34—37),
§ 15. ββ. sondern aus allgemeinen Gründen (S. 38—44),
§ 16. β. im Prozeß durch Nichtanfechtung vorgenommen werden (S. 45—46).
II. (Abschnitt II.) Die Zeit vom 14. November 1867 bis zur Gegenwart (S. 46—51). Das Gesetz, betreffend die vertragsmäßigen Zinsen, hat das Verbot nicht aufgehoben, weil
§ 17. a. weder aus seiner allgemeinen Tendenz diese Folge sich herleiten läßt, da
1. diese Tendenz nicht dahin geht, sämtliche Wucherbeschränkungen aufzuheben, und
2. das Verbot der lex commissoria nicht lediglich eine Wucherbeschränkung in diesem Sinne ist (S. 46—49),
§ 18. b. noch die lex commissoria eine Konventionalstrafe ist, da
1. sie andere Folgen hat und
2. ein weiterer Begriff ist (S. 49—51).
Schluß: Prüfung der Brauchbarkeit dieses Resultats (S. 51—52) und das Recht des Entwurfs.
Anhang (S. 53—54).

Zusammenstellung

der bei der vorliegenden Arbeit benutzten Werke.

Achilles, Die preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872. 3. Aufl. Berlin und Leipzig, 1881.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl., bes. von Pfaff und Hofmann. Stuttgart, 1879.

Bachofen, Das römische Pfandrecht. Basel, 1847.

Bahlmann, Das preußische Grundbuchrecht. 3. Aufl. Berlin, 1880.

Baron, Pandekten. 3. Aufl. 1879.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. Weimar, 1889.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl., bes. von Lotmar. Erlangen und Leipzig, 1892.

Burckhard, Lex commissoria beim Kauf, im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 49, no. XII und XIII.

Cohn in Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Bd. III.

Dernburg, Pandekten. 4. Aufl. Berlin, 1894.

— Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. 5. Aufl. Halle a./S., 1894.

— Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechtes. Leipzig, 1860—64.

Dirksen, manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum. Berolini, 1837.

Eck, Lex commissoria, in v. Holtzendorffs Rechtslexikon (3. Aufl.), II, S. 659/60.

Endemann, Das deutsche Handelsrecht. Heidelberg, 1865.

— in seinem Handbuch des Handels-, Wechsel- und Seerechts, Bd. II.

Exner, Österreichisches Hypothekenrecht (V. Band der Meibohmschen Sammlung). Leipzig, 1875/81.

Förster, Preußisches Grundbuchrecht. Berlin, 1872.

— Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts. 3. Aufl. Berlin, 1874.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 6. (3.) Aufl. Berlin, 1892.

Gesterding, Die Lehre vom Pfandrecht nach den Grundsätzen des römischen Rechts. Greifswald, 1831.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, Bd. IV und XIV. Erlangen.

Hinschius, Das Gesetz für den Norddeutschen Bund, betreffend die vertragsmäßigen Zinsen und seine Einwirkung auf das bisherige Civilrecht (in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen, Bd. II, S. 14—67, bes. S. 51—56).

Hölder, Pandekten. Freiburg i. Br., 1891.

Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts. 3. Aufl., besorgt von Kuntze. Leipzig, 1864.

Jacques, Die Wuchergesetzgebung und das Civil- und Strafrecht. Wien, 1867.

Keller, Pandekten. 2. Aufl., besorgt von Lewis. Leipzig, 1866.

Kohler, Pfandrechtliche Forschungen. Jena, 1882.

Makower, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, mit Kommentar. 9. Aufl. Berlin und Leipzig, 1884.

Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 3. Aufl. Freiburg i. Br., 1885.

Meibohm, Das deutsche Pfandrecht. Marburg, 1867.

— Das mecklenburgische Hypothekenrecht (II. Band der Meibohmschen Sammlung). Leipzig, 1871.

Mühlenbruch, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. Halle, 1838.

Pernice, Parerga II, in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte V, 1.

Pfeiffer, Von der Wirksamkeit der eidlichen Bestärkung gesetzlich ungültiger Rechtsgeschäfte des Minderjährigen. (In seinen praktischen Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft, Bd. III, Nr. IX, Hannover, 1831.)

Puchelt, Das rheinisch-französische Privilegien- und Hypothekenrecht (VII. Band der Meibohmschen Sammlung). Leipzig, 1876.

Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, herausg. v. Rudorff. 6. Aufl. Leipzig, 1874.

Regelsberger, Pandekten. Leipzig, 1893.

— Bayerisches Hypothekenrecht (III. Bd. der Meibohmschen Sammlung). Leipzig, 1875.

Römer, Die Leistung an Zahlungstatt nach dem römischen und gemeinen Recht. Tübingen, 1866.

Roßhirt, Gemeines deutsches Civilrecht. Heidelberg, 1840.

Roth, System des deutschen Privatrechts. Tübingen, 1886.

Rubo, Über die Angabe an Zahlungstatt nach dem allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten (in den Jahrb. für die preußische Gesetz-

gebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, herausg. von Kamptz, Bd. XXII, S. 3—31).
Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Berlin.
— Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter. 2. Aufl. 1834—51.
Schweppe, Das römische Privatrecht in seiner Anwendung auf deutsche Gerichte. 3. Aufl. Altona, 1822.
Seuffert, Erörterungen einzelner Lehren des römischen Privatrechts, II. Abt.
Sintenis, Das praktisch gemeine Civilrecht. Leipzig, 1844/49.
— Handbuch des gemeinen Pfandrechts. Halle, 1836.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. 2. Aufl. Berlin, 1885.
Thibaut, System des Pandektenrechts. 9. Aufl., besorgt von Buchholtz. Jena, 1846.
— Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts. 2. Aufl. Altona, 1806.
Unterholzner, Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, herausg. von Huschke. Leipzig, 1840.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. Marburg und Leipzig, 1865 ff.
Wächter, Pandekten, herausg. von O. v. Wächter. Leipzig, 1881.
— Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. Stuttgart, 1851.
Warnkönig, Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der lex commissoria beim Pfandrecht. Im Arch. f. civil. Praxis, Bd. 24, S. 1—37; S. 312—338; Bd. 25, S. 60—113; S. 226—254; S. 420—438.*)
Weber, kurze Erläuterung der Frage: Wie weit erstreckt sich eigentlich bei Verpfändungen das Verbot legis commissoriae? (In seinen Versuchen über das Civilrecht und dessen Anwendung [Schwerin und Wismar, 1801], no. V, S. 349 f.)
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl. Frankfurt a./M., 1891.
Witelshöfer, Das Pfandrecht an einer Forderung (pignus nominis). Erlangen, 1876.

Außerdem wurden benutzt:

Budde, Entscheidungen des Großherz. Mecklenb. Oberappellationsgerichts zu Rostock.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
Entscheidungen des Königlichen Obertribunals zu Berlin, im amtlichen Auftrage herausgegeben.
Seuffert, Archiv für Entscheidungen.

*) Citiert Warnkönig, Bd. 24 und 25.

Corpus iuris civilis edd. Mommsen, Krueger, Schoell.
Libri feudorum in der Ausgabe des corpus iuris von den beiden Kriegel, Bd. III.
Gai institutiones ed. Krueger. Berolini, 1884.
Fragmenta Vaticana in Huschke, iurisprudentiae Anteiustinianeae quae supersunt.
Lex Romana Visigothorum ed. Haenel. Lipsiae, 1849.

Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede ꝛc. Frankfurt a./M., 1747.
Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags des Norddeutschen Bundes, 1870 und 1867.

Einleitung.

Es ist bekannt, daß das römische Pfandrecht ein gesetzliches Recht des Gläubigers auf den Pfandverkauf zunächst nicht kannte. Erst allmählich brach sich diese Berechtigung Bahn: „Anfänglich war ein ausdrücklicher Verkaufsvertrag unerläßlich: Späterhin verstand sich dessen Abschluß von selbst.“[1]) Durch Gewohnheitsrecht, welches am Ende seiner Entwickelung gesetzliche Sanktion erhielt, wurde das Verkaufsrecht des Pfandnehmers in die Jurisprudenz eingeführt. Es ist daher nicht verwunderlich, daß sich neben, ja vielleicht schon vor[2]) jenem pactum de vendendo pignore eine andere Form, dem Gläubiger Befriedigung zu verschaffen, als möglich herausbildete. Dieser Modus bestand darin, daß dem Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung der Verbindlichkeit der Anfall des Eigentums an dem Pfande zugesagt wurde, und hieß technisch lex commissoria. Mit diesem Kontrakt und mit seiner Wirksamkeit gegenüber dem Verpfänder beschäftigt sich die vorliegende Arbeit.

Da die lex commissoria durch Kaiser Konstantin verboten wurde, sind zwei Hauptperioden von einander zu unterscheiden: Die erste geht bis zu eben diesem Verbot, die zweite bis zur Gegenwart. In dieser letzteren Periode trat im Jahre 1867 ein nach Ansicht mancher für unsere Lehre wichtiges Ereignis ein: es wurde das Gesetz über die vertragsmäßigen Zinsen erlassen. Wie wir aber nachher nachzuweisen versuchen werden,

1) Aus Bachofen, Pfandrecht VI, 1 (S. 158).

2) So Pernice, Parerga S. 134, Bachofen a. a. O. XVIII, 5 (S. 617 zu n. 2).

hat dies keinen Einfluß auf die Wirksamkeit des Konstantinischen Verbots gehabt. Gleichwohl aber scheidet sich demgemäß die zweite Periode in die Zeit bis zum 14. November 1867 und die Zeit nachher.

Kapitel I.

I. Periode.

§ 1.

Die erste Periode in der Entwickelung der lex commissoria dauert, wie schon gesagt, bis zu dem Verbot derselben durch Konstantin, welches im Jahre 320 erfolgte.[1]) Bis dahin war das kommissorische Paktum, wie heute als zweifellos gelten kann, erlaubt und dem Verpfänder gegenüber völlig wirksam. Früher war man allerdings vielfach anderer Ansicht, aber schon die Worte Konstantins lassen darauf schließen, daß er eine vollständige Neuerung beabsichtigte: hätten frühere Verbote bestanden, so würde er vermutlich auf sie Bezug genommen haben.[2]) Außerdem wissen wir, daß noch Paulus in seinen Sententiae die lex commissoria in einem besonderen Teile behandelte[3]), wenngleich uns leider von dieser Abhandlung selbst nichts erhalten ist. Heutzutage bezweifelt denn wohl auch niemand mehr die Wirksamkeit der kommissorischen Klausel in der vorkonstan-

1) c. 3. C. de pact. pign. et comm. resc. 8. 34 (35). Über die Jahreszahl vgl. Warnkönig, Bd. 24, S. 6 n. 5; Krüger ad hanc const.

2) Vgl. Warnkönig a. a. O. S. 331 ff., Dernburg, Pfandrecht II S. 275; Sintenis, Pfandrecht S. 256.

3) II 13, doch handelt er in diesem so überschriebenen Titel von dem pignus im allgemeinen und der fiducia, eine Thatsache, die Cujacius veranlaßte, fiducia und lex commissoria zu identifizieren. Vgl. hierüber Warnkönig a. a. O. S. 20/21 u. S. 336—351.

tinischen Zeit, vielmehr meint man im Gegenteil, daß diese Art der Verpfändung für gewisse Pfandrechte die normale gewesen sei.[1])

Für die Ergründung des Wesens der lex commissoria liegen uns Quellenzeugnisse nicht vor: Sie kommt im corpus juris nur an der einen Stelle vor, wo sie verboten wird, und auch dort wird eine Begriffsbestimmung nicht gegeben, sondern nur in kurzen Worten das Verbot ausgesprochen. Wir sind demgemäß darauf angewiesen, ihre juristische Natur und Art auf andere Weise uns zu konstruieren. Einen Anhaltspunkt für die Bestimmung ihres Inhalts giebt uns zunächst die Bedeutung des Wortes: Daß lex in diesem Falle soviel bedeutet wie pactum, liegt auf der Hand, und es kommt dies zu häufig vor, als daß es hier auffallen könnte. Wenn man späterhin von einem pactum legis commissoriae gesprochen hat[2]), so ist dies eine Tautologie, die man jedenfalls besser vermieden hätte. Näher bestimmt dies pactum das Adjektiv commissoria. Das Verbum committere, von welchem es stammt, bedeutet zunächst „überlassen, anvertrauen".[3]) In der Verbindung poena committitur heißt es sodann „die Strafe verfällt, wird verwirkt."[4]) Das ebenfalls von ihm abgeleitete Substantiv commissum, welches z. B. in der Überschrift eines Pandektentitels vorkommt[5]), hat die Bedeutung „Verfallen an den Staat, Konfiskation."[6]) So werden wir kaum fehlgehen, wenn wir lex com-

---

1) So Kohler, Pfandrechtliche Forschungen, S. 264 bezüglich der „auf die Sphäre des Servitutengenusses beschränkten Pfandrechte".

2) c. 7. X. de pign. 3, 21.

3) Heumann, Handlexikon sub verbo committere; Dirksen, Manuale latinitatis s. v. c. § 3: injungere, credere, mandare.

4) Z. B. l. 23 § 1 D. de rec. 4, 8, wo auch in poenam committere = „einer Strafe verfallen" sich findet.

5) D. 39, 4.

6) Heumann a. a. O. a. E.; Dirksen, Manuale latinitatis, s. h. v.: poenae causa avocandum.

missoria mit „Verfallsklausel“[1]) übersetzen. Eine solche kann bei der Verpfändung kaum etwas anderes enthalten haben, als die Abrede, es solle, falls der Schuldner seiner Verbindlichkeit nicht rechtzeitig nachkomme, „das Eigentum der Pfandsache an den Gläubiger statt der Forderung“[2]) verfallen sein. Daß dies wirklich der Inhalt des verbotenen Paktums gewesen ist, bestätigt uns der Wortlaut der Basiliken, welche sich folgendermaßen ausdrücken[3]):

„*ἐαν ἐιπη ὁ δανειστης, ὁτι εἰ μη καταβληθειη μοι το χρεος ἐντος τουδε του χρονου, δεσποτης ἐσομαι του ἐνεχυρου, τουτο το συμφωνον ἀνισχυρον ἐστω.*“

So mag denn wohl die Formel, in welcher man gewöhnlich die lex commissoria ausdrückte, wohl gelautet haben: „si pecunia intra diem certum soluta non sit, fundus creditoris esto.“[4])

§ 2.

Läßt sich so die Frage nach dem Inhalte der lex commissoria im Allgemeinen ziemlich leicht beantworten, so ist die andere nach der juristischen Natur derselben ungleich schwerer zu entscheiden, besonders da wir auch für sie fast ausschließlich auf allgemeine Reflexionen angewiesen sind. Ihre Lösung muß gleichwohl versucht werden, denn eine ganze Zahl von Streitfragen, welche in unserer Lehre herrschen, empfangen ihre Entscheidung von der Antwort, welche man auf diese Frage giebt.[5])

---

1) Dirksen, l. c. commissorius: ad poenam commissi respiciens.

2) Dernburg, Pandekten I, § 280 (S. 689).

3) Bas. XXV, 7, cap. 62.

4) So Dernburg, Pfandrecht II, § 123, 1 (S. 276).

5) Über alle Streitfragen ist man sofort im klaren, wenn man die Begriffsbestimmung der lex commissoria so allgemein faßt, wie Weber, Kurze Erörterung der Frage ꝛc., § 4, S. 360, so „daß lex commissoria bei verpfändeten Sachen eine jede Verwillkürung des Schuldners unter sich begreift, wodurch derselbe auf den Fall der Nichterfüllung seiner Verbind-

Es liegt sehr nahe die lex commissoria aufzufassen als einen suspensiv bedingten Kauf, so daß also der Verpfänder in Bezug auf die verfallene Pfandsache Verkäufer, der Pfandgläubiger Käufer sein würde, und schon aus ältester Zeit ist uns ein Zeugnis für diese Auffassung erhalten. Schon die westgotische Interpretation sagt:

„commissoriae cautiones dicuntur, in quibus debitor creditori suo rem ipsi oppigneratam ad tempus vendere per necessitatem conscripta cautione promittit."

Auch später hat man an dieser Konstruktion festgehalten, und selbst in neuerer Zeit fehlt es nicht an Vertretern derselben.[1]) Gleichwohl ist sie u. E. nicht die richtige.

---

lichkeit Rechten des Pfandes entsagt, die er sonst gehabt hätte, und dem Gläubiger Verbindlichkeiten erläßt, die ihm würden obgelegen haben." Diese Definition haben adoptiert Seuffert, Erörterungen II, 20 (S. 98—103); Schweppe, Privatrecht § 335 (S. 265); Mühlenbruch, Pandekten II, § 318 (S. 217—218). Sie ist heute gänzlich aufgegeben und wird daher im Verfolg nicht weiter berücksichtigt werden. Vgl. gegen Weber Warnkönig, Bd. 24, S. 317—330.

1) Z. B. Unterholzner, Schuldverhältnisse II, § 769 n. o., nach welchem Vat. § 9 eine l. c. enthalten soll, ebenso Warnkönig, Bd. 24, S. 5 n. 3; Meibohm, Mecklenburgisches Hypothekenrecht § 18 n. 50 (S. 137). Meibohm und Unterholzner führen keine Gründe dafür an. Warnkönig motiviert seine Meinung mit der Thatsache, daß sich die Konstantinische Verordnung im Codex Theodosianus mitten unter den Titeln über den Kaufkontrakt finde. Dies kann aber u. E. nicht als Beweis angesehen werden. Wenn er ferner sagt, auch nach Vat. § 9 enthalte die lex commissoria einen Kauf, so macht er einen circulus vitiosus. Er sagt damit nur: die l. c. ist ein bedingter Kauf des Pfandes, § 9 cit. enthält einen solchen Kauf, also eine l. c., folglich ist nach Vat. § 9 die l. c. ein Kauf. Er macht also seine Behauptung zur Voraussetzung. Seine Auffassung führt er jedoch nicht konsequent durch. So erklärt er z. B. Bd. 24, S. 314/315 die Definition der l. c., als eines Vertrages, nach dem bei nicht rechtzeitiger Zahlung das Pfandobjekt ohne weiteren Verkauf ins Eigentum des Pfandnehmers übergehen solle, für zutreffend (Vgl. auch S. 329, wo er bei einem pretio nunc aestimato kontrahierten Verkauf von in fraudem legis agere spricht). Hier scheint er somit die l. c. wieder als einen

Zunächst hätte für die römische Jurisprudenz keine Veranlassung vorgelegen, für den allgemeinen Begriff des suspensiv bedingten Kaufes bei der Verpfändung einen besonderen terminus technicus zu bilden. Auch die Ausdrucksweise der oben angeführten Stelle der Basiliken läßt nicht darauf schließen, daß ihr Verfasser die lex commissoria so auffaßte. Zudem hätte der Verpfänder, wenn er in unserem Falle Verkäufer war, den Vertrag gegebenenfalls wegen laesio enormis anfechten können.[1]) Es wäre also das Bedürfnis für das Konstantinische Verbot nicht gar so groß gewesen, wie es der Kaiser hinstellt. Außerdem spricht aber dagegen die Analogie mit der lex commissoria beim Kauf, mit welcher wir nachher noch mehrfach zu operieren haben werden: Wird nämlich dem Kaufkontrakt eine lex commissoria zugefügt, so bildet sie einen integrierenden Bestandteil desselben. Das spricht sich darin aus, daß der Verkäufer sein Recht

---

Bestandteil des dinglichen Rechts zu betrachten, mithin die actio pignoraticia für zuständig zu halten. Dann ist es aber irreführend und wohl auch unrichtig, von einem Kauf zu reden. Denn bei diesem hätten actiones empti venditi einzutreten. — An anderen Orten seiner Darlegung (S. 333, 359) glaubt W. wieder, daß die Anfechtung wegen lesio enormis, die doch nach römischem Rechte nur dem Verkäufer zustand, im Falle einer l. c. dem Schuldner erlaubt sei. Über die laesio enormis sagt er wiederum S. 371, daß der Pfandnehmer gegenüber der Anfechtung des Pfandgebers letzteren nicht mit Herauszahlung des Mehrwerts des Pfandobjektes abfinden könne, während der Käufer einer Sache dieses Recht zweifelsohne hat. — Seine Ausführungen scheinen uns also bezüglich dieses Punktes der Konsequenz zu entbehren.

1) Heutzutage würde der Verpfänder allerdings auch gegenüber der actio hypothecaria den Einwand der laesio enormis erheben können. Jedoch geschieht die Ausdehnung der Anfechtungsbefugnis auf alle onerosen Verträge nach ziemlich übereinstimmender Lehre nicht auf Grund der betreffenden kaiserlichen Erlasse, sondern infolge „einer sehr allgemeinen Praxis“ (Windscheid, Pandekten II, § 396 a. E. [S. 449]), bez. „gewohnheitsrechtlicher Fortbildung der in der c. 2 cit. ausgesprochenen Grundsätze“ (Urteil des Reichsgerichts v. 13, II, 83). Ebenso z. B. Seuffert, Archiv XI, 30; XXIV, 233; Dernburg II, § 102, 2 (S. 281).

auf Rescindierung des Kaufgeschäftes mit der actio venditi geltend zu machen hatte.[1]) Ebenso ist u. E. die lex commissoria beim Pfandkontrakt integrierender Bestandteil desselben und daher vom Pfandgläubiger mittels actio hypothecaria dem Verpfänder oder Dritten gegenüber geltend zu machen. So enthält unserer Ansicht nach die lex commissoria keinen Kaufvertrag, sondern ist Bestandteil des dinglichen Rechtes des Pfandnehmers[2]).

In welchen Beziehungen dieser Unterschied wichtig ist, werden wir noch zu untersuchen haben. Hier sei nur noch bemerkt, daß also u. E. der in unserer Lehre viel angezogene § 9 der fragmenta Vaticana keine kommissorische Klausel behandelt. Er lautet:

„creditor a debitore pignus recte emit, sive in exordio contractus ita convenit, sive postea: nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia foeneris non soluta creditor jure empti dominium retineat: cum sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam certa sit."

Es wird hier nur die Frage entschieden, ob ein suspensiv bedingter Kauf des Pfandes jure empti gültig sei, eine Frage, deren Antwort deshalb zweifelhaft sein konnte, weil kein objektiv certum pretium vorhanden war.[3]) Diese Ausführung ist also nicht deshalb von den Kompilatoren unbenutzt gelassen, weil sie über die verbotene lex commissoria handelte, sondern aus anderen Gründen, die von uns nicht mehr rekonstruiert werden, auch kaum Interesse für uns haben können. Eher würden wir uns

1) Nach l. 4 pr. D. de lege comm. 18, 3.

2) Ebenso ausführlich Dernburg, Pfandrecht, z. B. II, § 123, 3 (S. 277); Bachofen, Pfandrecht S. 617/618; Kohler, pfandrechtliche Forschungen S. 268; auch Glück, Bd. XIV, S. 91 und 97, ebenso S. 87; Holzschuher, Theorie und Kasuistik II, § 126, 5 (S. 560); Roßhirt, Civilrecht II, § 314 (S. 209); auch wohl Seuffert, Archiv XIX, 217. Motive zum Entwurf eines bürg. Gesetzb. zu § 1167 sub. 1 (III, S. 820).

3) So Dernburg, Pfandrecht II, § 124, S. 282/283.

der Ansicht derjenigen anschließen können, welche meinen, eine Ausführung Ciceros beziehe sich auf eine lex commissoria.[1]) Sie findet sich in den ep. ad fam. XIII, 56 und lautet:

„Philotes Alabandensis hypothecas Cluvio dedit, hae commissae sunt, cures velim, ut de hypothecis decedat easque procuratoribus tradat aut pecuniam solvat."

Möglich ist ja allerdings auch hier, daß es sich hier nur um einen gewöhnlichen Pfandvertrag mit Veräußerungsbefugnis des Gläubigers handelte[2]), daß also ein stillschweigend zu ergänzendes vendendas hinter procuratoribus zu denken ist: aber mindestens ebenso wahrscheinlich ist, daß es sich wirklich um eine hypotheca sub lege commissoria contracta handelte, und das Fehlen des vendendas keine Zufälligkeit ist.

§ 3.

Es war also, wie ausgeführt, die lex commissoria ein Bestandteil des dinglichen Rechts des Gläubigers, und es bestand für den Verpfänder nicht nur eine persönliche Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums. Die praktische Bedeutsamkeit dieses Unterschiedes erhellt sofort, wenn man den Fall setzt, daß die Pfandsache — sie brauchte ja nicht im Besitz des Gläubigers zu sein — mittlerweile in den Besitz eines dritten übergegangen war. Bestand für den Verpfänder nur eine persönliche Verpflichtung aus dem Kaufvertrage, so konnte der Gläubiger sein Recht auf das Eigentum am Pfandobjekt einem dritten gegenüber nicht geltend machen.[3]) Er mußte es sich gefallen lassen, wenn ihn der Dritte mit Oblation der Schuldsumme abfand. Anders, wenn ein dingliches Recht des Gläubigers vorlag. Dieses hatte auch dem Dritten gegenüber Kraft.

---

1) Ebenso Burckhard, im Archiv für civil. Pr. Bd. 49, S. 171 und Glück Bd. XIV, S. 88/89; Sintenis, Pfandrecht § 28 n. 1 (S. 256); Pernice, Parerga S. 134 n. 4; Bachofen, Pfandrecht S. 617 n. 2.

2) So meint Unterholzner, Schuldverhältnisse II, § 769 n. o.

3) Vgl. Dernburg, Pfandrecht II, S. 282.

Freilich konnte der Dritte, ebenso wie der Verpfänder selbst, Tilgung der Forderung noch anbieten, aber es stand im Belieben des Gläubigers, ob er sie annehmen wollte. Denn eine Verpflichtung des Gläubigers, von der lex commissoria Gebrauch zu machen, bestand wohl nicht.[1]) Hatte doch auch der gewöhnliche Pfandgläubiger freie Wahl, ob er von seinem Verkaufsrecht Gebrauch machen wollte oder nicht.[2]) Und ebenso läßt darauf schließen die Analogie mit der lex commissoria beim Kauf. Bei ihr hatte nach deutlichen Quellenzeugnissen der Verkäufer nur ein Recht auf Rescindierung des Vertrags, nicht eine Pflicht.[3]) Auch dies wäre wieder anders gewesen, wenn die lex commissoria einen Kaufvertrag enthalten hätte; denn dann wäre auch der Gläubiger gebunden gewesen.[4]) —

Hatte er aber sein Wahlrecht einmal ausgeübt und die Sache erworben, so verlor er seine Forderung; er sollte eben nicht Forderung und Pfand zugleich haben.[5]) Es folgt auch dies aus der Analogie von der lex commissoria beim Kauf, bei welcher dieser Satz gilt[6]), läßt sich aber um so weniger bezweifeln, als es durch den Wortlaut der Konstantinischen Verordnung bestätigt wird:

„jubemus re amissa recuperare quod dederunt.“[7])

---

1) Vgl. Dernburg, Pfandrecht II, § 123, 2 (S. 276); Burckhard, a. a. O. S. 171; Kohler a. a. O. S. 268; Bachofen, Pfandrecht XVIII, 9 (S. 624). Nimmt man an, daß Cicero l. c. von einer lex commissoria redet, so kann man auch diese Stelle für unsere im Text vertretene Meinung anführen (so Burckhard a. a. O.).

2) Vgl. z. B. Windscheid, Pandekten I, § 238 (S. 722); c. 14 C. de pign. 8, 13 (14).

3) L. 3 D. de lege comm. 18, 3 (Ulpianus): „nam legem commissoriam, quae in venditionibus adicitur, si volet venditor exercebit. non etiam invitus.“

4) Vgl. Dernburg, Pfandrecht II, § 124 (S. 283).

5) Vgl. Dernburg a. a. O. § 123, 4 (S. 278).

6) L. 6, § 2, D. h. t.: „nec posse si commissoriam elegit postea variare.“

7) Vgl. Dernburg a. a. O. n. 5.

Die Voraussetzung für ein „recuperare“ ihrer Forderung ist, daß sie dieselbe verloren hatten. —

Eine andere für den Verpfänder recht bedenkliche Wirkung ergiebt sich aus der Natur der lex commissoria als Bestandteils des Pfandrechtes. Es ist anerkannt, daß das Pfand für die Forderung verhaftet bleibt, wenn auch nur noch ein kleiner Rest derselben ungetilgt geblieben ist. So sagt die l. 85, § 6. D. de V. O. 45, 1:

„item si ita stipulatio facta sit: si fundus Titianus non datus erit 100 dari, nisi totus detur, poena committitur 100 nec prodest partes fundi tradere cessante uno, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere“

Der zweite Teil der Stelle enthält unsern Satz für den Pfandkontrakt, der erste stellt ihn auf bezüglich der Konventionalstrafe. Bei der unzweifelhaften Verwandtschaft, welche die lex commissoria mit der Konventionalstrafe hat — wir werden nachher noch zu untersuchen haben, ob diese Verwandtschaft bis zur Identität geht — dürfen wir uns auch hierbei einen Analogieschluß erlauben und werden demgemäß mit der Behauptung nicht irren, daß der Verpfänder bei einem Pfandkontrakt sub lege commissoria etwa gemachte Anzahlungen verlor.[1]) Es kann dies auch nicht überraschen, wenn wir bedenken, daß die lex

1) Zu demselben Resultat gelangt Dernburg a. a. O. S. 278/279, freilich durch Benutzung eines Analogieschlusses von der l. c. beim Kauf. U. E. ist aber bei dieser der Satz nicht richtig. Die Quellenstellen, welche Dernburg (Pandekten II § 95 n. 21) anführt, lassen sich auch anders erklären (vgl. Windscheid, Pandekten II, § 323 n. 12; Burckhard a. a. O. [s. § 2 n. 7 S. 10] S. 306—325). Jedenfalls enthalten sie u. E. keinen so strikten Beweis, wie er bei der großen (auch von Dernburg anerkannten) Unbilligkeit der Konsequenzen des Satzes (vgl. die bei Burckhard S. 297 298 angeführten Fälle) nötig wäre. Dagegen auch die Praxis; vgl. Entsch. d. O. Trib. Berlin 72, S. 318: „Der Aufruf eines Kaufes von seiten des Verkäufers kraft einer im Kontrakte vorgesehenen lex commissoria hat gemeinrechtlich für den Käufer den Verlust der auf den Kaufpreis gemachten Anzahlungen nicht zur gesetzlichen Folge.“

commissoria neben ihrem Zweck, dem Gläubiger Befriedigung zu verschaffen, auch eine Straffunktion hatte. —

Auch dies würde anders gewesen sein, wenn die lex commissoria nur eine emptio venditio enthalten hätte.[1]) Hier hätte der Verpfänder Teilzahlungen unbedingt zurückfordern bez. compensando geltend machen können, da der Kaufpreis die volle sortis et usurarum quantitas ad diem solvendae pecuniae praestitutam[2])gewesen wäre. — Schließlich ist noch zu bemerken, daß das Recht aus der lex commissoria natürlich mit dem Pfandrecht selbst erlischt.

Fassen wir nunmehr die Wirkungen zusammen, welche die lex commissoria für den Verpfänder hatte, so finden wir, daß er erstens nach Fälligkeit und Nichtbegleichung der Forderung sein Einlösungsrecht verlor, dafür aber allerdings von seiner Schuld frei wurde, daß er ferner keinen Anspruch auf eine etwaige *ὑπεροχα* hatte, da der Gläubiger Eigentum an dem Pfande bekam, und drittens, daß seine Teilzahlungen ebenfalls dem Gläubiger anheimfielen.

Kapitel II.

II. Periode.

Abschnitt I.

Die Zeit bis zum 14. November 1867.

§ 4.

Es ergiebt sich aus dem Vorhergehenden, daß zweierlei für den Gläubiger Grund sein konnte, den Kontrakt sub lege commissoria abzuschließen: Erstens wurde die Realisierung seines

1) Vgl. Dernburg, Pfandrecht II, § 124 (S. 283).
2) Vgl. Vat. § 9.

Pfandrechtes durch ein solches pactum erheblich beschleunigt[1]) und erleichtert. Mit Geltendmachung des Rechtes aus der Klausel war das ganze Rechtsverhältnis geordnet: Es war kein Verkauf des Pfandes mehr nötig; der Gläubiger hatte keine Verantwortlichkeit für die Verwaltung der Sache bis zum Verkauf; er brauchte keine Hyperocha herauszugeben, infolgedessen nicht sich der Unbequemlichkeit der Aufrechnung, die zu allerlei Reibereien Anlaß geben konnte, zu unterziehen ꝛc.[2]) — Zweitens aber konnte der Grund sein, daß sich der Gläubiger einen Vorteil verschaffen wollte: Er brauchte nur sich ein Pfand bestellen lassen, dessen Wert den Betrag seiner Forderung nicht überstieg, und er zog die Differenz zwischen diesen beiden Posten als baren Gewinn ein. So harmlos und nützlich die lex commissoria in ihrer ersten Funktion erscheint, so bedenklich und gefährlich ist sie in dieser zweiten. Besonders in Zeiten, wo ein gesetzliches Zinsmaximum bestand — und so war es vor Konstantin —, konnte sie leicht dazu dienen, dem Geldgeber einen höheren Gewinn zu verschaffen, als er sich mit Zinsstipulationen hätte ausbedingen können. Dazu kam noch eine zweite Gefahr: Der Gläubiger gab sich den Anschein der Milde, welcher den Schuldner zu Teilzahlungen veranlaßte; nachher exerzierte er die lex commissoria, und der Geldnehmer verlor noch mehr als das Pfandobjekt.[3]) So konnte das Institut der lex commissoria zu arger Bedrückung der Kreditsuchenden führen, da diese meist nicht in der Lage sein werden, die Bedingungen zu stellen, sondern vielmehr leicht geneigt sein werden, in der Hoffnung, seiner Zeit ihren Verpflichtungen nachkommen zu können, jede Bedingung des Kreditgebers zu acceptieren.

Besonders gefährlich war die lex commissoria darum, weil sie einen sehr bequemen Weg bot, sich solche Vorteile zu ver-

---

1) Vgl. Dernburg, Pandekten I, § 280 (S. 689).
2) Vgl. Dernburg, Pfandrecht II, § 122 (S. 273/274).
3) Vgl. Dernburg a. a. O. § 123, 4 (S. 279).

schaffen, und weil der Gewinn wegen der Dinglichkeit des Rechtes ein viel gesicherterer war, als er es bei Zinsstipulationen oder Konventionalstrafen gewesen wäre. In der Zeit Konstantins scheinen denn auch die Wucherer dieses Mittel benutzt zu haben, um die Notlage ihrer Schuldner auszubeuten: „crescit asperitas", und es ist darum nicht verwunderlich, daß in dieser Zeit, wo man überhaupt die Wege, welche zur Übervorteilung der wirtschaftlich Schwächeren offen standen, thunlichst zu versperren suchte — man denke z. B. an die Gestattung der Anfechtung wegen laesio enormis, welche kurze Zeit früher erfolgte[1]) —, auch unser Kontrakt die Aufmerksamkeit der socialen Gesetzgebung erregte.

Nationalökonomische Erwägungen sind es gewesen, welche Konstantin zu seiner Verordnung veranlaßten, keine juristischen[2]); denn juristisch ist gegen die Berechtigung einer kommissorischen Klausel nichts einzuwenden. Sie entspricht dem Zweck des Pfandrechts, dem Gläubiger eine Sicherheit für die Erfüllung zu gewähren und eventuell ihm Befriedigung zu verschaffen, durchaus.[3]) Aber die Art der Satisfaktion konnte leicht zu einer Ungerechtigkeit führen. Die Ausbeutung der Notlage des Schuldners durch den Gläubiger nach Möglichkeit zu verhindern, liegt aber im Interesse des Ganzen, und so gehört das Verbot Konstantins zu denjenigen, welche utilitatis publicae causa[4]) erlassen sind. Der Kaiser hätte nicht notwendig diesen Weg wählen müssen, welchen er eingeschlagen hat: er hätte z. B. die Anfechtungsbefugnis wegen laesio enormis auf unser Verhältnis aus-

1) Am 1. November 285.

2) Vgl. Witelshöfer, Pfandrecht an einer Forderung, S. 10/11. Das Erkenntnis des Ober-Tribunals Berlin, gegen welches er polemisiert, spricht aber nur von den Gründen des allgemeinen Landrechts, nicht von denen Konstantins.

3) Vgl. Brinz, Pandekten II, 2, § 353 (S. 870/871), a. m. Witelshöfer a. a. O. S. 11.

4) Vgl. Seuffert, Archiv 41, 177.

dehnen können. Er zog es jedoch vor, die lex commissoria vollständig zu verbieten. Erlassen wurde dies Verbot zugleich mit einer Reihe anderer populärer Verordnungen[1]), wie dies auch bei einer späteren Erneuerung seines Verbotes durch die Reichsgesetzgebung geschehen ist.[2])

§ 5.

In der Justinianischen Kompilation findet sich das Verbot als c. 3 C. de pact. pign. et lege comm. resc. 8, 34 (34) und hat folgenden Wortlaut:

„Constantinus ad populum: quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit et futura prohibet. creditores enim re amissa recuperare jubemus quod dederunt."

Das Verbot ist uns auch im Codex Theodosianus erhalten und hat dort den gleichen Wortlaut. Nur steht statt des „repellit" depellit und statt des „recuperare" recipere. Außerdem hat Justinian das zwischen „commissoriae" und „legis" stehende pignorum eingeschoben. Wir heben dies besonders hervor, weil diese Bemerkung zu etlichen Streitfragen Anlaß gegeben hat, welche wir nachher noch besprechen werden.

1) Nämlich zugleich mit c. 2 C. de exactionibus tributorum X, 19, worin die Mißhandlungen der Steuerpflichtigen aufs strengste untersagt werden, und mit c. 1 C. de infirm. poen. cael. VIII, 57 (58), worin die Rechtsnachteile für die Ehelosen aufgehoben werden. (Bez. des Datums der letzteren Stelle vgl. Krüger ad h. c. n. 10; bez. der Gleichzeitigkeit der Gesetze die Daten selbst, Krüger ad c. 2 C. cit. n. 13, ad c. 1 C. cit. n. 11, ad c. 3 C. 8, 34 n. 13; außerdem Dernburg, Pfandrecht II, S. 274/275; Warnkönig, Bd. 24, S. 6 n. 5.)

2) Das uns interessierende Verbot findet sich im Titel XX der Reichspolizeiordnung von 1577. Der vorhergehende Titel XIX enthält die bekannte Einschränkung des Verkaufs der Früchte auf dem Halm.

Mit dem corpus juris civilis wurde auch unser Verbot in Deutschland rezipiert. Hier mußte es als eine Neuerung erscheinen; denn die kommissorische Klausel war bis zu diesem Zeitpunkt in Deutschland völlig erlaubt. Sie findet sich besonders häufig im Mobiliarpfandrecht[1]), kam aber auch bei Verpfändungen von Immobilien vor.[2]) Auch bei dem sogenannten Lehenspfand wurde sie vereinbart, derart, daß der Gläubiger das verpfändete Grundstück von dem Schuldner für den Fall der Nichtzahlung zu Lehen behielt.[3]) Auch in Deutschland war aber die lex commissoria kein naturale negotii, sondern ein accidentale: ihre Wirkungen traten nur ein, wenn sie ausdrücklich im Vertrage vorgesehen waren.[4]) Das römische Recht erlangte in dieser Frage in der Theorie die Oberhand.[5]) Praktisch scheint man jedoch die Klausel noch häufig angewandt zu haben: wenigstens findet sich die Reichsgesetzgebung veranlaßt, das Verbot von neuem

---

1) Hier machte sie das gerichtliche Zuschlagsverfahren mit seiner Umständlichkeit und Unbequemlichkeit unnötig. Vgl. Meibohm, Deutsches Pfandrecht, S. 332 ff.; Stobbe, Privatrecht II, § 154, I, 6 a (S. 691); Roth, Privatrecht III, § 323 (S. 718).

2) Vgl. Meibohm a. a. O. S. 346 u. n. 268 daf.; Stobbe a. a. O. II, § 106 (S. 303).

3) Urkunden über diese partielle l. c. s. bei Kohler a. a. O. S. 294 bis 296. Daß sie nicht selten war, beweisen auch libri feudorum II, 51, § 6: „similiter feudum lege commissoria datum non valet, id est si ad certum tempus pecunia non solvatur creditori, ut habeat in feudum.“ Ebenso daselbst I, 27: „si quis obligaverat aliquam rem pignori eo pacto, ut si statuto tempore pecunia soluta non fuisset, res esset creditoris et eam pro feudo habeat, potest debitor quandocumque pecuniam solvendo, pacto non obstante pignus recuperare. Feudum enim non sub praetextu pecuniae, sed amore et honore acquirendum est.“ Der Grund, welchen das Gesetz für sein Verbot angiebt, ist ein nur für das Lehnrecht passender.

4) Vgl. die n. 2 cit. a. a. O.

5) Dies geht schon daraus hervor, daß die im Text folgende Reichspolizeiordnung die Klausel als eine widerrechtliche bezeichnet („sondere Geding“; „wann aber dasselbige den Rechten zuwider“).

einzuschärfen. Dies geschah in der Reichspolizeiordnung von 1577, in deren XX Titul (von den Jüden und ihrem Wucher), § 5 es folgendermaßen heißt:

„Und dieweil man in Erfahrung Kompt, daß die Juden mit den Christen sondere Geding machen, da die eingesatzte Pfand in benannter Zeit nicht gelöst würde, daß alsdann dasselbige ihnen verfallen seyn solte. Wann aber dasselbige den Rechten zuwider, so ordnen wir, daß solche Geding verbotten, und nichtig seyn, sondern sollen den Juden die genommene Pfand, da dasselbige in gebührender Zeit von den Schuldigern nicht gelöst würden, durch Erkenntnuß ihrer Obrigkeit, wie sichs zu Recht gebühret, umgeschlagen, verkaufft und das übrige Geld, da dem Juden das Sein entricht, dem Schuldiger gefolgt, und herauß̈er geben werden, demnach sollen auch die Obrigkeiten daran seyn, das ihre Befelchhaber mit den Juden dieser Polizey-Ordnung zugegen nichts practiren, oder handeln.“[1])

§ 6.

Daß das Verbot Konstantins in Deutschland praktische Geltung hatte oder hat[2]), läßt sich demnach für die zweite Periode kaum in Abrede stellen, und es wird dies auch nirgends bezweifelt. Ehe wir nun aber auf seine eigentlichen Wirkungen, auf seinen Einfluß auf die Wirksamkeit der lex commissoria

1) Das Verbot ging in die Mehrzahl der deutschen Partikulargesetzgebungen über; vgl. die Anführungen von Warnkönig, Bd. 25, S. 430—437 und bei Roth, Deutsches Privatrecht III, § 310 n. 25 (S. 643); Stobbe, Privatrecht II, § 108 n. 19 (S. 320); Motive zum Entw. eines bürgerl. Gesetzb. zu § 1167 n. 1 (III, S. 820). — Warnkönig behauptet Bd. 24, S. 364, die Leihhäuser liehen ausschließlich sub lege commissoria: dies wäre nur möglich, wenn ihnen ein diesbezügliches Privileg eingeräumt worden wäre. Soweit wir wissen, ist dies aber nirgends geschehen. Da die Erörterung dieser Frage hier zu viel Raum beanspruchen würde, ist sie als Anhang an den Schluß dieser Arbeit gestellt.

2) Ob es noch Geltung hat, werden wir unten (S. 46—51) zu untersuchen haben.

gegenüber dem Verpfänder, mit anderen Worten auf die Fragen eingehen können, ob der Richter das Verbot ex officio berücksichtigen müsse, oder ob der Schuldner es nur einredeweise geltend machen könne, ob ferner ein Verzicht auf das Recht aus dem Verbot gültig sei, beziehungsweise durch eidliche Bestärkung gültig werde, haben wir zunächst den Umfang des Verbots festzustellen, d. h. zu untersuchen, welche pacta unmittelbar oder mittelbar durch das Verbot außer Wirksamkeit gesetzt werden. Vorhin wurde schon bemerkt, daß das Wort pignorum erst eine Einschiebung Justinians sei. Man hat daraus schließen zu sollen gemeint, daß das Verbot vor Justinian für jede lex commissoria, also auch die einem Kaufkontrakte zugefügte Geltung gehabt habe oder doch wenigstens auf sie ausgedehnt worden sei. Dafür wird angeführt, daß das Verbot im Codex Theodosianus mitten unter den Titeln über den Kaufkontrakt stehe.[1]) Trotzdem ist u. E. dieser Meinung nicht beizupflichten: denn der Schlußsatz zeigt zur Genüge, daß auch Konstantin die Verfügung nur in Beziehung auf die lex commissoria pignorum erließ. Möglich ist es, daß Justinian die Zufügung nur im Interesse der Deutlichkeit machte, ebenso möglich aber, daß nur eine unbewußte Änderung vorliegt. Die übrigen Varianten, zu welchen eine Veranlassung keinesfalls vorlag, zeigen ja schon zur Genüge, daß die Kompilatoren nicht allzu sorgsam verfuhren. Jedenfalls ist für uns jeder Zweifel daran ausgeschlossen, daß nur die lex commissoria pignorum getroffen ist.[2])

1) So Dernburg, Pfandrecht II, § 122 (S. 275).

2) Nicht getroffen wird z. B. ein Vertrag, nach welchem der Schuldner dem Gläubiger das Eigentum an einer nicht verpfändeten Sache zu gewähren verspricht, selbst nicht in dem Fall, daß die betreffende Sache im Besitz des Gläubigers ist. Vgl. Römer, Leistung an Zahlungstatt, S. 154, a. M. Warnkönig, Bd. 24, S. 375. Ist freilich erweisbar, daß dieser Vertrag nur eine Umgehung des Verbots der kommissorischen Klausel bezweckte, so wird er trotzdem als nichtig zu betrachten sein. Über die datio in solutum, wenn sie bezüglich einer verpfändeten Sache versprochen wurde, vgl. unten § 10, S. 27—29.

Eine andere Folgerung, welche man an die Thatsache dieser Einschiebung geknüpft hat, geht dahin, daß Justinian das Verbot hat auf das pactum commissorium beim Faustpfand beschränken wollen.[1]) Man nimmt dann also pignus in seiner engeren Bedeutung. Aber abgesehen davon, daß zu dieser Annahme ein Zwang absolut nicht vorliegt[2]), wäre es auch recht irrationell gewesen, diese Unterscheidung zu machen: das Verbot zu umgehen, wäre denn doch zu leicht gewesen. Und einen inneren Grund dafür ausfindig zu machen, dürfte denn wohl auch seine Schwierigkeiten haben.

Aus der allgemeinen Fassung der Verordnung ergeben sich zwei fernere wichtige Sätze: Der Kaiser beschränkte sein Verbot nicht auf diejenigen Fälle, in welchen die lex commissoria eine wirkliche wucherische Ausbeutung des Schuldners enthielt, in welchen also der Wert des Pfandes den Betrag der Forderung thatsächlich überstieg. Er verbot vielmehr jede Klausel dieser Art. Seine Absicht war allerdings, dem Wucher einen Weg zu seinem Ziele abzuschneiden, das Resultat aber war, daß eine Art der Verpfändung unmöglich gemacht wurde. Darum gehört das Verbot der lex commissoria im System nicht in das Obligationenrecht, etwa unter die Zinsbeschränkungen, sondern in das Pfandrecht, unter die Rubrik „Verwertung des Pfandobjekts".

Die zweite Folgerung aus der Allgemeinheit des Verbots ist, daß nicht nur eine lex commissoria, welche gleichzeitig mit dem Pfandkontrakt selbst vereinbart wurde, von dem Verbot betroffen wird, sondern jede auch nach Abschluß des Hauptvertrages kontrahierte, wie man zu sagen pflegt, auch die lex commissoria

1) Vgl. hierüber das Urteil des Oberlandesgerichts zu Braunschweig (II. Senat) vom 27. Mai 1884 (bei Seuffert 41, 177); Warnkönig, Bd. 24, S. 374/375.

2) Pignus findet sich mehrfach in den Pandekten in seiner weiteren Bedeutung, in welcher es hypotheca mit umfaßt: vgl. § 7, J. de act. 4, 6; l. 1 D. de pign. act. 13, 7.

ex intervallo contracta. Heute herrscht in Theorie[1]) und Praxis[2]) kein Zweifel mehr hierüber, während früher das Gegenteil communis opinio war.[3]) Allerdings wird man zugeben müssen, daß die Gründe des Verbots in unserem Fall vielleicht nicht in gleicher Stärke eintreten, vorhanden sind sie aber auch hier.[4]) Eine positive Stütze für die genannte Beschränkung findet sich in den Quellen nirgends: Die leges, welche man früher für die Ausnahme anführte, haben sämtlich einen anderen Inhalt. Wir werden im Verlauf unserer Erörterung dieselben noch genauer zu besprechen haben.[5])

§ 7.

Es ist also, wie ausgeführt, eine jede auch nicht wucherische, ebenso eine nachträgliche lex commissoria verboten, und es macht keinen Unterschied, ob die Klausel einem Faustpfandvertrag oder einer Hypothek beigefügt ist. Damit sind denn aber auch die Fälle erschöpft, in welchen das Verbot unmittelbar eingreift. Nun ist zwar eine analoge Ausdehnung des Verbots auf etwa

---

1) Vgl. z. B. Glück, Bd. XIV, S. 92; Unterholzner, Schuldverhältnisse II, § 769, 7; Holzschuber, Theorie und Kasuistik II, § 126, 2 (S. 557); Thibaut, System, § 343; Vangerow I, § 383, Anm. sub 1 (S. 867); Windscheid, Pand. I, § 323 n. 3 (S. 722); Warnkönig a. a. O. § 12 (Bd. 25, S. 78—88); Sintenis, Pfandrecht, § 28, I (S. 256).

2) Vgl. das bei Seuffert, Archiv 29, 207, mitgeteilte Erkenntnis.

3) Vgl. die bei Warnkönig a. a. O. zahlreich Angeführten.

4) Vgl. Vangerow a. a. O. Man nehme z. B. an, der Gläubiger habe mehrere Forderungen an den Schuldner, und dieser befürchtet, er würde sie ihm kündigen, falls er nicht in die nachträgliche l. c. einwillige.

5) Sie handeln teils vom suspensiv bedingten Kaufkontrakt über das Pfandobjekt, teils von der datio in solutum und werden in den betreffenden Abschnitten verwendet werden. Vgl. übrigens Dernburg, Pfandrecht II, S. 282. Über die l. 34 D. de pign. act. 13, 7 f. § 9, S. 37, c. 1 C. de pact. pign. 8, 34 f. § 9 n. 7, S. 40, c. 13 C. de pign. 8, 14 f. § 10, S. 43. Über die l. 45 pr. D. de sol. 46, 3 vgl. Dernburg, Pfandrecht II, § 123 n. 1 (S. 276) und Römer a. a. O. S. 152/153; Warnkönig, Bd. 25, S. 68—72. Sie gehört überhaupt nicht in unsere Lehre.

ähnliche Fälle nicht statthaft; denn es ist eine singuläre Vorschrift, die per analogiam nicht ausdehnbar ist, also nicht auf „Fälle von anderem juristischen Charakter" sich anwenden läßt.[1]) Nichtsdestoweniger ist es stets wirksam, wenn in concreto klar ist, daß ein solcher anders gearteter Kontrakt lediglich zu seiner Umgehung abgeschlossen ist: denn ein in fraudem legis facere ist ebensowenig gültig, wie das contra legem facere.[2])

Es sind im wesentlichen drei Arten von Kontrakten, welche geeignet sind, unser Gesetz zu umgehen, das pactum de retro vendendo, der Kauf des Pfandobjektes seitens des Kreditgebers, und die datio in solutum desselben von seiten des Kreditnehmers. An sich sind alle diese Abmachungen völlig gültig, und nur in casu concreto können sie es ausnahmsweise nicht sein. Es ist also stets eine quaestio facti, ob sie es sind oder nicht.[3]) Sie werden nie nichtig sein, wenn keinerlei Übervorteilung des Schuldners bei ihnen eintritt, im Gegensatz zu der echten lex commissoria, welche auch dann dem Verbot unterliegt. —

Vollkommen klar ist die Verschiedenheit von einer kommissorischen Klausel besonders bei der ersten der genannten Vereinbarungen, dem pactum de retro vendendo.[4]) Bei ihm verkauft der Schuldner eine Sache dem Gläubiger für den Betrag der Schuld und bedingt sich aus, daß er dieselbe für den gleichen

---

1) Vgl. Dernburg, Pfandrecht II, S. 280—281. Römer, Leistung an Zahlungsstatt, S. 135 n. 4 erklärt den Satz für unrichtig, ohne jedoch dies Urteil näher zu begründen. Er erhält auf anderem Wege dasselbe Resultat.

2) Vgl. z. B. l. 7, § 7 D. de pact. 2, 14, Dernburg, Pfandrecht II, § 124 a. E. sub 1 (S. 285); Vangerow I, § 383, Anm. sub 2 (S. 868); Windscheid I, § 22 n. 2 a. E.; Regelsberger, Bayrisches Hypothekenrecht, § 80, S. 390/391; Endemann, im Hdb. d. Handelsrechts II, § 177 (S. 75); Cohn, ebenda III, § 440 (S. 971).

3) So bezüglich des Kaufes Bachofen, Pfandrecht XVIII, 8 (S. 623); bezüglich des pactum de retro vendendo Warnkönig, Bd. 24, S. 380 Weber, Kurze Erörterung ꝛc., § 9 (S. 373/379).

4) Vgl. darüber Warnkönig, Bd. 24, S. 377—380; Dernburg, Pfandrecht II, § 124, a. E. sub 1 (S. 285).

Preis zuzüglich der seither fällig gewordenen Zinsen wieder zurückkaufen dürfe. Es geht also das Eigentum an der Sache mit dem Vertragsschluß auf den Gläubiger über, und nicht ihm, sondern dem Schuldner steht das Recht der Wahl zu, ob die Forderung bezahlt oder die Sache verfallen soll.[1]) Es leuchtet ein, daß ein solcher Kontrakt ein völlig anderer ist, als eine dem Pfandvertrage eingefügte lex commissoria: denn im Grunde ist ein Pfandvertrag überhaupt gar nicht vorhanden. Nur dieselben wirtschaftlichen Zwecke werden verfolgt und erreicht, die rechtliche Struktur des Vertrages ist eine ganz andere. Wo aber dieser wirtschaftliche Erfolg gerade der ist, welchen Konstantin zu verhindern beabsichtigte, wird man dem Verbot die Wirksamkeit nicht versagen können, und man wird dem Verkäufer im juristischen, Verpfänder im faktischen Sinne das Recht einräumen müssen, den Vertrag als in fraudem legis anzufechten.[2])

§ 8.

Uber die Verschiedenheit der lex commissoria von einem suspensiv bedingten Verkauf des Pfandes an den Gläubiger haben wir schon oben zu sprechen Gelegenheit gehabt und haben schon bemerkt, daß diese Verschiedenheit von einigen bestritten wird. Nach unserer Anschauung ist also die Frage, ob ein solcher Vertrag gültig sei oder nicht, eine quaestio facti, welche entschieden werden muß nach den im vorigen Paragraphen aufgestellten Grundsätzen. Nochmals bemerkt mag hier werden, daß von einer lex commissoria oder einer ihr ähnlichen Klausel nur dann die Rede sein kann, wenn das Pfand für den Betrag der Forderung in das Eigentum des Gläubigers übergeht. Ist der Preis ein anderer, so liegt kein Grund vor, die Gültigkeit des Vertrages zu beanstanden, es sei denn, daß diese Verschiedenheit des Preises wiederum lediglich zur Täuschung des

1) Vgl. Dernburg a. a. O.
2) Holzschuher, Theorie und Kasuistik II, § 126, 5 (S. 560).

Richters vereinbart wurde.[1]) Eigentlich gar nicht in den Bereich unserer Untersuchung gehört daher die in unserer Materie stets behandelte Frage, welche sich an die l. 16, § 9 D. de pign. et hyp. 20, 1 anknüpft:

Macianus: „potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem justo pretio tunc aestimandam[2]): hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt".

Der Fall, welchen die Stelle behandelt, ist, daß die Interessenten übereingekommen sind, der Gläubiger solle seiner Zeit das Pfand käuflich erwerben können. Der Preis solle später durch einen Dritten durch Schätzung ermittelt werden. — Zweifel konnte die Abmachung darum erregen, weil zu einem gültigen Kauf ein pretium certum gehörte[3]), im angegebenen Fall der Preis aber wohl objektiv certum, nicht aber subjektiv gewiß war. Daher ist dieser Vertrag nur quodammodo conditionalis venditio.[4]) Daß ein solcher Vertrag heutzutage keinen Bedenken

1) Es ist ja möglich, daß der Gläubiger, gerade um den Verdacht, eine bemäntelte l. c. abgeschlossen zu haben, zu umgehen, den Preis um ein geringes höher ansetzt, als die Forderung beträgt, so daß aber gleichwohl die vereinbarte Summe hinter dem Werte des Pfandes erheblich zurückbleibt. Läßt sich dies nachweisen — was ja praktisch allerdings wohl seine Schwierigkeiten haben dürfte — so ist gewiß in fraudem legis gehandelt.

2) Über die Idee einiger Rechtslehrer, die Worte justo pretio tunc aestimandam seien ein emblema Tribuniani, vgl. Warnkönig, Bd. 24, S. 125.

3) Vgl. Dernburg, Pandekten II, S. 256/257.

4) Warnkönig, Bd. 24, S. 326 und Bd. 25, S. 105, nimmt an, der von Marcian behandelte Vertrag sei von ihm als ein pactum bonae fidei contractui in continenti adjectum aufgefaßt worden. Ebenso meint Bachofen, Pfandrecht, S. 621, „daß jene kaufähnliche Verabredung nicht als selbständige, sondern bloß als Nebenberedung des contractus pigneraticius aufrecht erhalten werden kann". Uns scheint dies nicht richtig. Die Frage, ob ein Kontrakt unserer Art ein gültiger Kauf sei, ist nach § 1 I. de empt.

unterliegt, ist fast unbestritten[1]) und kann wohl kaum bezweifelt werden; denn wie schon bemerkt, es fehlt die Identität von Kaufpreis und Forderungshöhe. Selbst wenn diese einmal zufällig eintreten sollte, so ist sie doch nicht gewollt, sondern eben kasuell. Eine captio kann der Vertrag schon gar nicht enthalten, da ja die Preisbestimmung von einem Dritten abhängen soll. Bartulus[2]) allerdings erzählt, man habe den Bologneser Wucherern diesen Weg angeraten, um das Verbot zu umgehen: Man brauche sich nur mit dem Dritten ins Einverständnis zu setzen, damit dieser das Objekt weit unter seinem Wert taxiere, so erreiche man sicher seinen Zweck. Aber derartigen Machinationen dürfte

---

et vend. 3, 23 und c. 15 C. de contr. empt. 4, 38 bestritten gewesen, wurde also nicht allgemein verneint. Das bestätigt auch Gajus, inst. III, § 140: „pretium certum esse debet; nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit tanti sit empta, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cujus opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem; cujus opinionem Proculus secutus est". Auf die Seite dieser letzteren stellt sich Marcian. Hätte er wirklich gemeint, was Warnkönig und Bachofen annehmen, so hätte er sich wohl anders ausgedrückt: der Kontrakt, von dem er spricht, redet von jure emptionis possidere. Die Paciscenten dachten also an actiones empti venditi. Wollte er statt deren die actio pigneraticia geben, so mußte er es auch sagen. Für das Justinianische Recht ist es jedenfalls zweifellos, daß actiones empti venditi hier zuständig sind. Das scheinen denn auch anzunehmen: Dernburg, Pfandrecht II, § 124 (S. 284 285); Arndts, Pandekten, § 376 n. 2 c; Vangerow, Pandekten I, § 383, Anm. sub 2 (S. 868); Windscheid, Pandekten I, § 323 n. 3 (S. 722). Sie alle behandeln den in Frage stehenden Kontrakt als „Kauf".

1) Für gültig halten ihn außer den n. 4 citierten, z. B. Glück, Bd. XIV, S. 96—98; Keller, Pandekten, § 194 c (S. 434); Thibaut, System I, § 343; Roßhirt, Civilrecht II, § 314 (S. 209); Baron, Pandekten, § 198, 4 b (S. 302); Bring, Pandekten II, 2, § 354 (S. 872); Unterholzner II, § 769, 8; Regelsberger, Bayr. Hyp. R., § 80 n. 10 (S. 390); Gesterding, Pfandrecht, S. 234; Sintenis, Pfandrecht, § 28, II (S. 257/258); Rubo, in v. Kamptz, Jahrb. XXII, S. 22, für ungültig nur die § 2 n. 1 (S. 7) citierten Schriftsteller.

2) Citatus bei Warnkönig, Bd. 24, S. 13.

der Schuldner wohl kaum wehrlos gegenüberstehen: er könnte sich mit der exceptio doli wohl helfen.

§ 9.

Ein eigentliches pactum simile legi commissoriae liegt dagegen vor, wenn der Kaufpreis subjektiv bestimmt ist und gerade dem Betrag der Forderung gleichkommt, und der Vertrag auf die Bedingung nicht rechtzeitiger Zahlung gestellt ist. Es sind hierbei zwei Fälle zu unterscheiden, nicht deshalb, weil sie einer verschiedenen Behandlung unterlägen, sondern weil sich für den einen ein Fragment der Digesten anführen läßt, der andere aus allgemeinen Gründen entschieden werden muß. Es kann ein solcher Kaufkontrakt nämlich nachträglich, nach Abschluß des Pfandvertrages abgeschlossen werden[1]) oder gleichzeitig mit diesem. Der erste Fall wird durch die l. 34 pr. D. de pign. act. 13, 7 für gültig erklärt:

Marcellus libro singulari responsorum: „Titius cum credidisset pecuniam Sempronio et ob eam pignus accepisset futurumque esset ut distraheret eam creditor, quia pecunia non solveretur, petita creditore, ut fundum certo pretio emptum haberet, et cum impetrasset, epistolam, qua se vendidisse fundum creditori significaret, emisit: quaero an hanc venditionem debitor revocare possit offerendo sortem et usuras quae debentur. Marcellus respondit secundum ea quae proposita essent revocare non posse."

Wäre der in der Stelle behandelte Kauf eine lex commissoria gewesen, so hätte Justinian die Ausführung nicht aufnehmen können. Noch eine andere lex enthält dasselbe: die l. 12 pr. D. de distr. pign. 20, 5. Sie lautet folgendermaßen:

---

1) Die Zulässigkeit allein dieses nachträglichen Vertrages wollen nur anerkennen: Arndts Pandekten, § 376 n. 2 b; Baron, Pandekten, § 198, 4 b (S. 302); Bring, Pandekten II, 2, § 354 (S. 872); Sintenis, Pfandrecht, § 28, II (S. 258); Regelsberger, Bayr. Hyp. R., § 80 (S. 391).

Tryphonius libro VIII. disputationum: „rescriptum est ab imperatore libellos agente Papiniano creditorem a debitore pignus emere posse, quia in dominio manet debitoris".

Der Schlußsatz der Stelle zeigt deutlich, aus welchem Grunde das kaiserliche Reskript erlassen wurde. Es sollte festgestellt werden, daß beim pignus nicht wie bei der fiducia[1]) ein Verkauf begrifflich unmöglich sei. Wenn die Kompilatoren diese Entscheidung in ihr Gesetzbuch mit aufnahmen, so konnte ihre Absicht nicht dieselbe sein: denn ein Zweifel darüber war nicht mehr möglich, und die fiducia kommt im Rechte Justinians nicht mehr vor.[2]) Sie erklärten vielmehr den nachträglichen Verkauf[3]) des Pfandes schlechthin für gültig, ohne sich durch die Konstantinische Verordnung behindert zu fühlen. Von der Höhe des Kaufpreises ist in der Stelle nicht die Rede, aber gerade darum ist es nicht anzunehmen, daß der Vertrag an sich nicht gültig wäre, wenn Preis und Forderung gleich wären. Auch dieser Fall ist nach dem Fragment als an sich durchaus gültig anzusehen. Es ist in der Stelle auch keine Beschränkung vorhanden, welche darauf schließen ließe, nur ein unbedingter Kaufvertrag sei erlaubt, ein bedingter dagegen, wie der uns interessierende, nicht.[4])

Nur wenn der Wert des Pfandes ein derart höherer sein sollte, als der Preis beträgt, liegt ein in fraudem legis facere vor, und der Vertrag ist ungültig. — Für die Vertreter der Ansicht, daß die lex commissoria ein suspensiv bedingter Kauf sei, ist der Vertrag aber auch ohne Übervorteilung des Schuld-

---

1) Bei der fiducia war der Fiduciar Eigentümer, und Kauf der eigenen Sache ist unmöglich.

2) Vgl. z. B. Bachofen, Pfandrecht, S. 1.

3) Daß die Stelle nur auf den nachträglichen Verkauf des Pfandes zu beziehen ist, zeigt ihre ganze Fassung, besonders der Kausalsatz: Von einem remanere in dominio zu sprechen hat nur Sinn, wenn der Kontrakt schon geschlossen war.

4) So meint Gesterding, Pfandrecht, S. 236, sich mit der Stelle abfinden zu können.

ners, wenn nur Preis und Forderung die gleiche Summe sind, eine wahre und echte kommissorische Klausel, allerdings ex intervallo contracta, welche aber auch nach ihnen ungültig ist. —

Für den anderen Fall, wo der Kauf schon zur Zeit des Abschlusses des Hauptvertrages vereinbart wurde, liegt die Sache ebenso.[1]) Eine Quellenentscheidung haben wir aber über ihn nicht.[2])

Auch hier liegt nach Ansicht unserer Gegner eine echte lex commissoria vor, sobald Preis und Forderung die gleiche Höhe haben, und sie müssen also einen solchen Kontrakt unter allen Umständen für nichtig erklären oder sich einer Inkonsequenz schuldig machen.[3]) Nach unserer Ansicht dagegen ist auch hier eine quaestio facti, ob ein derartiger Vertrag ungültig ist oder nicht.[4]) — Man wird zugestehen müssen, daß diese Konsequenz

---

1) So auch Dernburg, Pfandrecht II, S. 282, 283; Endemann, Handelsrecht, § 76 n. 18 (S. 373); Bachofen, Pfandrecht, S. 618; Jacques, Wuchergesetzgebung, S. 77, Anm.

2) Höchstens könnte man anführen c. 1 C. de pact. pign. 8, 34 (35): Imp. Alexander a. 222: „Qui pactus est, nisi intra certum tempus pecuniam, quam mutuam accepit, solveret, cessurum se creditoribus; hypothecae venditionem non contraxit, sed id comprehendit, quod jure suo creditor habiturus erat. communi igitur jure creditor hypothecam vendere debet.“ Will man mit Bachofen, Pfandrecht, S. 619, annehmen, der Kaiser billige in der Stelle den Kaufvertrag, so spricht das Reskript allerdings für die im Text vertretene Meinung. U. E. läßt sich aber für sie aus der Stelle allein mit Sicherheit nichts schließen.

3) Letzteres thut Unterholzner, Schuldverhältnisse II, § 769 n. 9.

4) Derselben Meinung sind augenscheinlich Glück, Bd. XIV, S. 29; Thibaut, System, § 343; Keller, Pandekten, § 194 c (S. 334/335); ebenso die oben n. 6, S. 240 citierten Schriftsteller; auch wohl das bei Seuffert, Archiv III, 12 mitgeteilte Erkenntnis. Vangerow, § 383, Anm. sub 2 (S. 989) meint, in unserem Falle läge wohl „fast immer“ eine verschleierte l. c. vor; Regelsberger, Bayr. Hyp. R., § 80, n. 10 (S. 390) läßt die Frage unentschieden; Windscheid, Pandekten I, § 323, n. 3 (S. 722) verhält sich ablehnend. Ausdrücklich gegen die Gültigkeit sind Gesterding, Pfandrecht, S. 234, und Sintenis, Pfandrecht, § 28, II (S. 258).

den Bedürfnissen des praktischen Lebens mehr gerecht wird als die andere, nach welcher ein solcher Kauf auch dann als ungültig zu betrachten wäre, wenn er im Interesse beider Kontrahenten geschlossen worden ist.

§ 10.

Eine jede lex commissoria enthält im Grunde eine in solutum datio des Pfandobjekts für die Forderung. Das Eigentum am Pfande geht auf den Gläubiger über, und die Forderung erlischt. Man könnte daraus schließen, daß auch ein Vertrag, welcher die Verpflichtung zu eben dieser in solutum datio für den Schuldner zum Inhalt hat, ungültig sein müsse. Das ist aber u. E. nicht richtig.[1]) Denn eine solche Verpflichtung ist immer nur eine persönliche und bewirkt kein dingliches Recht des Gläubigers auf die Sache. Und gerade die Dinglichkeit des Rechtes ist, wie oben mehrfach hervorgehoben, ein wesentliches Merkmal des verbotenen pactum commissorium, wie sie ja denn auch ganz besonders die Quelle der Unzuträglichkeiten bildete, die Konstantin zu seinem Verbot veranlaßte.

Ein Fall, der im praktischen Leben sehr oft vorkommen wird, ist, daß zur Zeit der Fälligkeit der Forderung der Schuldner dem Gläubiger die verpfändeten Objekte an Zahlungsstatt überweist. Man denke z. B. an den Fall, daß der Mieter seinen Mietzins nicht entrichten zu können in der Lage ist. Dann sind seine invecta et illata nach bekanntem Rechtssatz dem Vermieter verpfändet. Hier wird es sehr oft im Interesse beider Teile liegen, daß der Mieter dem Wirt die Sachen in solutum giebt: denn gebrauchter Hausrat erzielt gewöhnlich keine hohen Preise. Gegen die Gültigkeit des Vertrages ist aber auch kein Bedenken vorhanden; denn einen Druck auf den Schuldner kann der Gläubiger unter solchen Umständen gar nicht ausüben. Zum

1) Ebenso Dernburg, Pfandrecht II, § 124, n. 6 (S. 281); Keller, Pandekten, § 194 c (S. 435); Vangerow, Pandekten I, § 383, Anm. sub 2 S. 867).

Überfluß finden wir für die Gültigkeit des Kontrakts ein Quellenzeugnis in der c. 13 C. de pign. 18, 3:

„cum dominam non minorem viginti et quinque annis ea quae obligaverat tibi jure dominii possidere permisisse et in solutum dedisse precibus significes, dominae contractus et voluntas ad firmitatem tibi sufficit."

Daß der Bittsteller bei seinem Gesuche nicht von der Meinung ausging, als fiele dieser Kontrakt unter das Verbot der lex commissoria, geht schon daraus hervor, daß der Bescheid von Diocletian und Maximian ist, also vor diesem Verbot erging. Er war vielmehr der Meinung, es bedürfe zum Eigentumsübergang beim Pfande stets einer dominii impetratio, wie sie nötig war, wenn ein Verkaufsversuch nicht zum Ziele führte.[1]) Der Kaiser belehrte ihn denn darüber, daß der kaiserliche Zuschlag nur dann von nöten sei, wenn der Gläubiger ohne Verabredung mit Pfandgeber das Eigentum erwerben wollte: in dem vorliegenden Falle genüge die Erlaubnis der Schuldnerin darum auch.

Es ist hier vollständig unnötig, den Kompilatoren andere Gedanken unterzulegen, als sie die Kaiser bei dem Reskript hatten; denn diese genügen, um die Aufnahme der Stelle in das corpus juris zu rechtfertigen. Weder die Kaiser noch die Kompilatoren dachten bei diesem Ausspruch an die lex commissoria und ihr Verbot, und so halten wir es denn für durchaus verfehlt, aus der Stelle schließen zu wollen, daß nur eine solche datio in solutum, die erst zur Zeit der Fälligkeit der Forderung vereinbart wurde, gültig sei. Gleichwohl thun dies eine ganze Zahl von Rechtslehrern.[2]) Die Stelle spricht allerdings nur von dem genannten Fall, und es ist u. E. nicht möglich, sie für die absolute Gültigkeit einer jeden datio in solutum des Pfand-

1) So Dernburg a. a. O.

2) Gesterding, Pfandrecht, S. 236; Sintenis, Pfandrecht, § 28, II (S. 258); Arndt, Pandekten, § 376, n. 2 a; Baron, Pandekten, § 198, 4 b (S. 302); Bring, Pandekten II, 2, § 354 (S. 873).

objektes anzuführen[1]), aber ebensowenig darf man doch das Gegenteil aus ihr schließen. Für beide Behauptungen müssen allgemeine Gründe gegeben werden, da es an Quellenstellen fehlt. Gegen die erste spricht schon, daß man sie nur festhalten kann, wenn man die Lehre von der Ungültigkeit auch einer nachträglichen lex commissoria fallen läßt oder auch eine nachträgliche datio in solutum für ungültig erklärt; denn wird eine datio in solutum von dem Konstantinischen Verbot getroffen, so ist sie eben eine reine lex commissoria und bleibt es, mag sie nun auch erst später oder erst zur Zeit der Fälligkeit abgemacht worden sein.[2])

Die datio in solutum ist aber u. E., wie schon anfangs bemerkt, keine kommissorische Klausel, sondern ein von dieser verschiedener Kontrakt und ist darum als an und für sich völlig gültig anzusehen. Daß er sehr häufig zu einer Umgehung des Verbots verwandt werden kann und dann ebensowenig gültig ist, wie ein Kauf der Pfandsache unter gleichen Umständen, bedarf kaum der besonderen Hervorhebung.

§ 11.

Eine Frage, welche mit den eben behandelten nur in losem Zusammenhange steht, geht dahin, ob eine lex commissoria zu Gunsten eines Bürgen gültig sei, und ferner, ob ein suspensiv bedingter Verkauf des Pfandobjektes an den Bürgen zu beanstanden sei.[3])

1) Für die unbedingte Gültigkeit führen die Stelle an Dernburg a. a. O. und Vangerow a. a. O., nur für die bedingte Römer, Leistung an Zahlungsstatt, S. 152.

2) Von den oben n. 3 (S. 45) genannten sprechen sich über diesen Punkt nur Unterholzner und Sintenis aus. Beide halten die l. c. ex intervallo contracta für ungültig, eine nachträgliche datio in solutum für erlaubt, eine gleichzeitige datio in solutum aber wiederum für unter das Verbot der l. c. fallend. Damit scheinen sie uns eine Inkonsequenz zu begehen, wofür im Text der Beweis versucht ist.

3) Vgl. zu dem folgenden: Warnkönig, § 13, Bd. 25 (S. 88—110);

Die Antwort kann nach dem oben Ausgeführten nicht zweifelhaft sein: Eine lex commissoria mit dem Bürgen ist gewiß nicht anders zu behandeln, als eine mit dem Gläubiger, schon darum nicht, weil der Bürge mittels des beneficium cedendarum actionum in das Pfandrecht des Gläubigers succediert, also nach Zahlung der Bürgschaftsschuld selbst Pfandgläubiger wird. Der Verkauf des Pfandes an ihn unterliegt darum auch derselben Behandlung, wie derjenige an den Gläubiger: er ist an sich gültig.

Beide Fragen wären wohl schwerlich aufgeworfen, wenn nicht ein Fragment der Digesten zu ihnen Veranlassung zu geben schiene. Es ist das responsum des Scaevola in der l. 81 D. de contr. empt. 18, 1:

„Titius cum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignore sive hypothecae praedia et fidejussorem Lucium cui promisit intra triennium proximum se eum liberaturum: quod si non fecerit die suprascripta et solverit debitum fidejussor creditori, jussit praedia empta esse quae creditoribus obligaverat. quaero cum non sit liberatus fidejussor Lucius a Titio, an si solverit creditori, empta haberet suprascripta praedia. respondit, si non in causam obligationis, sed ut empta habeat, sub conditione emptio facta est et contractam esse obligationem.“

Über die Auslegung dieser Stelle ist sehr viel gestritten worden[1]), und noch in neuerer Zeit wird sie verschieden gedeutet. Es ist hier nicht der Ort, auf eine nähere Interpretation der Stelle einzugehen, denn sie würde für den uns interessierenden Gegenstand kaum ein Ergebnis haben.

Folgendes dürfen wir als sicher annehmen: Es handelt sich um den Fall, daß Real- und Personalsicherheit bestellt ist, und

---

Glück, Bd. XIV (S. 101—103); Dernburg, Pfandrecht II (S. 284); Vangerow, Pandekten I, § 383, Anm. sub 3 (S. 868/869).

1) Vgl. die bei Warnkönig, S. 89—96 zahlreich citierten.

um Verträge, welche mit dem Bürgen betreffs der dem Darleiher verpfändeten Grundstücke geschlossen sind. Die Anfrage bei Scaevola ging nun dahin, ob der Bürge durch die Zahlung Käufer geworden sei oder nicht. Scaevola antwortete, das sei ganz quaestio facti: habe der Bürge in der Absicht, die Grundstücke zu kaufen, gezahlt (oder sei der beabsichtigte Sinn des Vertrages eine emptio venditio gewesen)[1]), so sei ein gültiger Kauf kontrahiert.[2]) Von einem pretium tunc aestimandum

1) Über die beiden Möglichkeiten, convenerit oder solverit zu ergänzen, s. Warnkönig a. a. O. S. 97—103.

2) Es fragt sich, was denn sonst der Sinn des Vertrags oder der Zahlung hätte sein können, was also die Worte ut in causam obligationis bedeuten. Glück, S. 102 ff., sagt: „Scaevola entscheidet, der Vertrag sei gültig, wenn die Meinung der Interessenten sei, daß der Bürge auf den bedungenen Fall die verpfändeten Grundstücke käuflich erhalten solle, ungültig dagegen, wenn die Absicht der Interessenten dahin gehe, daß der Bürge die Hypothek bloß für dasjenige, was er dem Gläubiger für die Schuld bezahlt hat, zum Eigentum bekommen sollte. Ganz richtig. Denn im letzteren Falle ist der kommissorische Vertrag unverkennbar.“ Glück widerspricht damit seiner eigenen Ausführung auf S. 88/89, nach welcher die l. c. vor Konstantin erlaubt war. — Warnkönig, S. 106, meint: „Da der Abschluß eines Kaufes von der Absicht abhängig ist, mit der derselbe (der Bürge) die Zahlung leistete, so sagt Scaevola nichts anderes als: ob der Bürge gekauft habe, hänge davon ab, ob er in der Absicht, die Grundstücke käuflich an sich zu bringen, oder bloß um seiner Verbindlichkeit als Bürge nachzukommen, gezahlt habe.“ Uns will diese Erklärung etwas gesucht erscheinen. Wie sollte denn die Absicht des Bürgen festgestellt werden? — Die jetzt herrschende Erklärung, der wir uns anschließen möchten, geht dahin, daß mit dem Vertrage auch gemeint gewesen sein könne, dem Bürgen sollten die Grundstücke eventuell verpfändet sein. Die Bezeichnung durch emere findet sich dafür auch sonst (vgl. z. B. l. 39, D. de pign. act. 13, 7; Dernburg, Pfandrecht I, § 22 [S. 184]). So Dernburg, Pfandrecht II, § 124 (S. 284); Bachofen, Pfandrecht, (S. 619/620); Vangerow I, § 383, Anm. sub 3 (S. 869). — Warnkönig, S. 99, wendet dagegen ein, daß ein Vertrag, um dem Bürgen ein Pfandrecht an den dem Gläubiger bestellten Pfänder zu verschaffen, überflüssig sei. Daß aber auch überflüssige Verträge vorkommen können, ist schon an sich klar. Vgl. aber auch z. B. die in § 9. n. 7 (S. 40) angezogene Stelle.

oder justum oder etwas Ähnlichem ist in der Stelle nicht die Rede, und man würde ihr u. E. Gewalt anthun, wenn man sie darauf bezöge.[1])

Scaevola supponierte als Preis doch augenscheinlich den Betrag der Forderung mit Zinsen.[2]) Es liegt also ein Kauf mit im voraus bestimmtem und der Höhe der Forderung gleichem Preise vor, über dessen Gültigkeit wir schon oben gehandelt haben.[3]) Für diejenigen, welche die von uns bestrittene Konstruktion der lex commissoria als eines suspensiv bedingten Kaufes vertreten, ist der Vertrag also eine echte lex commissoria, und es ist darum nicht verwunderlich, daß sie das Fragment entweder als antiquiert betrachten oder anders interpretieren oder endlich eine Ausnahme von dem Verbot statuieren zu müssen vermeinen.

§ 12.

Damit ist das Geltungsgebiet des Konstantinischen Verbots umgrenzt, und wir kommen nunmehr zu dem eigentlichen Gegenstande unserer Untersuchung, nämlich auf die Wirkungen dieses Verbots innerhalb dieser Grenzen, oder anders ausgedrückt, auf die Wirksamkeit der lex commissoria gegenüber dem Verpfänder nach Konstantin. Ein Teil dieser Wirkungen ist in der c. 3 C. cit. ausgedrückt, die übrigen sind anderweitig zu ermitteln. Konstantin sagt: „placet infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet.“

---

1) Dies thut Unterholzner II, § 769 n. 9; Glück a. a. O. Ältere Schriftsteller, welche derselben Meinung sind, s. bei Warnkönig, S. 90—94.

2) So auch Gesterding, Pfandrecht, S. 235; Bachofen, Pfandrecht, S. 620; Dernburg a. a. O.

3) Für die Gültigkeit sind: Warnkönig a. a O.; Gesterding a. a. O.; Bachofen a. a. O.; Dernburg a. a. O.; Thibaut, System, § 343; Roßhirt, Civilrecht II, § 314 (S. 209); Vangerow a. a. O.; Arndts, Pandekten, § 376, n. 2 d.

Dem Verbote wird also rückwirkende Kraft beigelegt. Vermutlich hat der Kaiser diese Rückwirkung zeitlich begrenzt, denn sie im vollen Umfange durchzuführen, wäre wohl irrationell gewesen. Daß diese Beschränkung weder im Codex Theodosianus, noch im Codex Justiniani steht, wäre nicht merkwürdig, da sie ja für spätere Zeit kein Interesse mehr hatte.[1]) Daß aber Konstantin seinem Gesetze rückwirkende Kraft gab, ist insofern wichtig, als sich daraus die Strenge seines Verbots und der Ernst seiner Absicht erkennen läßt. Wir werden es darum als im Sinne des Kaisers betrachten müssen, wenn wir dem Verbot die größte Intensität zuschreiben.

Aus den oben citierten Worten folgt ferner, daß ein Eigentumsübergang durch nicht rechtzeitige Zahlung der Schuld von dem Schuldner auf den Gläubiger nicht stattfindet[2]), daß also der Schuldner, solange der Gläubiger sein Verkaufsrecht nicht ausübt, Eigentümer ist und bleibt, das Pfand demnach immer noch auslösen kann. Hat der Gläubiger das Pfand verschenkt, so steht dem Schuldner, wenn er gezahlt hat, oder durch Depositon der Schuldsumme den Gläubiger in mora accipiendi gebracht hat, die vindicatio gegen den Dritten zu.[3]) Hatte er es aber verkauft, so kann der Schuldner mit der pigneraticia die hyperocha einfordern.

§ 13.

Außerdem ergiebt sich aus dem Text unmittelbar nichts. Wir werden aber gerade aus der Schärfe der Verordnung den Schluß ziehen können, daß ein Verzicht auf das Recht aus dem Verbot seitens des Pfandeigentümers ohne Belang ist.[4]) An sich wäre auch das Gegenteil möglich. Z. B. auf das Recht

1) So Dernburg, Pfandrecht II, S. 275/276.

2) Vgl. Warnkönig, Bd. 24, S. 367.

3) Vgl. Warnkönig, Bd. 24, S. 370.

4) Vgl. Warnkönig, Bd. 24, S. 360; Dernburg, Pfandrecht II, S. 285; Seuffert, Archiv VIII, 237.

aus der laesio enormis kann man rechtsgültig verzichten[1]), und dies ging doch aus denselben oder ähnlichen Gründen hervor, wie unser Verbot. Man hat aber in Theorie und Praxis nie daran gezweifelt, daß dem Verzichte die Wirkung zu versagen sei. Einzelne gehen sogar noch weiter und meinen, der Richter müsse das Verbot sogar ex officio berücksichtigen, eine Frage, welcher wir weiter unten noch näher treten werden.[2]) Die Zulässigkeit des Verzichts würde die bedenklichsten Folgen haben: denn in Fällen, wo wirklich eine wucherische Übervorteilung vorliegt, würde der Gläubiger wohl nicht unterlassen, den Schuldner zum Verzicht zu veranlassen, und da seine Position die ungleich günstigere ist, er also meistens einseitig die Bedingungen wird vorschreiben können, wird er diese Forderung stets durchsetzen können. So würde das Verbot Konstantins gerade in den Fällen, in welchen es am nötigsten ist, völlig illusorisch werden.

§ 14.

Schwieriger und weitaus bestrittener wird die Frage, wenn der Verzicht durch eidliche Versicherung des Schuldners bestärkt ist. Und zwar ist diese Frage nicht nur darum kontrovers, weil man sich über die allgemeine, ob überhaupt ungültige Rechtsgeschäfte durch Eid Rechtskraft erlangen, mit deren Bejahung auch unsere spezielle Frage entschieden wäre, nicht hat einigen können, sondern auch die Stelle des corpus juris canonici, welche sich mit der eidlich bestärkten lex commissoria beschäftigt, ist auf die verschiedenste Weise ausgelegt worden. Der betreffende Rechtsfall und die Entscheidung des Papstes findet sich in c. 7. X. de pign. und lautet:

„significante dilecto Rodberto, cive Pisano nobis innotuit,

---

1) Vgl. z. B. Vangerow, Pandekten III, § 611, Anm. sub VI (S. 332); Dernburg, Pandekten II, § 102 (S. 281/282).

2) S. § 16, S. 45—46.

quod cum domum suam cum horto galliciano G. Pisano civi pro C. C. L. libris pignori obligasset ac promisisset praestito juramento, quod nisi domum ipsam statuto inter eos termino colligeret, id est redimeret eandem, creditorem ulterius super eo minime molestaret; et intra statutum tempus per certum et fidelem nuntium, prout ei videbatur, creditori pecuniam numeratam remisit, quam idem nuntius infideliter agens sicut ei injunctum fuit, non persolvit: et postmodum idem Rodbertus ab imperatore detentus multa pericula sustinuit et labores, nec dicto Gajo satisfacere potuit ut debuit. Nunc per Dei gratiam libertati pristinae restitutus, paratus est pecuniam reddere creditori, licet ipse prorsus recusaret recipere, quia ei non fuerit statuto termino persoluta. Cum igitur pactum legis commissoriae sit in pignoribus improbatum et praedictus Rodbertus quantum in eo fuit juramenti debitum adimpleverit, cum per eum quem certum nuntium esse sperabat pecuniam remiserit termino statuto, sed dum fuit in imperiali captione detentus satisfacere non potuit creditori d. v. praesentium auctoritate mandamus, quatenus, si est ita, praedictum creditorem, ut sorte sua contentus existat pensionibus praefati pignoris computatis in eam et domum illam et hortum praefato R. omne dilatione postposita resignet, pacto tali vel juramento nequaquam obstante, censura ecclesiastica, admonitione praemissa, sublato contradictionis et appellationis obstaculo cogatis.“

Der zur Entſcheidung ſtehende Fall war alſo folgender: Der Schuldner (Rodbertus) hatte ſich dem Gläubiger (Gajus) gegenüber verpflichtet, ein Darlehn zu einem beſtimmten Termin zurückzuzahlen. Zahle er nicht zum feſtgeſetzten Zeitpunkt, ſo ſolle das verpfändete Haus nebſt dazugehörigem Garten dem Gläubiger verfallen ſein. Dieſe Verpflichtungen hatte er durch promiſſoriſchen Eid bekräftigt. Es war alſo eine lex commissoria unter eidlicher Beſtärkung abgeſchloſſen. Rodbertus ſchickte zur rechten Zeit einen Boten mit der geſchuldeten

Summe an seinen Gläubiger. Der Bote aber veruntreute das Geld, und da Rodbertus gleichzeitig gefänglich eingezogen wurde, konnte er seiner Verpflichtung nicht nachkommen. Nach seiner Freilassung bot er Zahlung an, der Gläubiger weigerte sich aber, sie anzunehmen, unter Berufung auf den Kontrakt.

Der Papst entscheidet zu Gunsten des Schuldners mit doppelter Motivierung: erstens sei der abgeschlossene Vertrag, die lex commissoria, verboten, und zweitens habe der Schuldner nicht gegen seinen Eid gehandelt. Der Papst mag sich dies folgendermaßen gedacht haben: Der Schuldner hat geschworen, er würde in dem Falle, daß er nicht rechtzeitig zahle, mit anderen Worten, wenn er mit der Zahlung im Verzuge sei, dem Gläubiger das Eigentum an dem Hause überlassen. Nun hat er alles gethan, was in seiner Macht stand, um seiner Verbindlichkeit Genüge zu leisten; der Effekt seiner Thätigkeit wurde nur durch einen außerhalb jeder Imputation stehenden casus vereitelt. Jene Eventualität ist also nicht eingetreten: er ist nicht in Verzug gekommen. Somit handelt er gar nicht gegen seinen Eid[1]), wenn er den Gläubiger jetzt noch zur Annahme der Zahlung zwingen will. Mit Recht konnte daher der Papst den Eid als nequaquam obstans bezeichnen. Die Bemerkung, daß die lex commissoria verboten sei, macht der Papst nur beiläufig: auf ihr beruht seine Entscheidung nicht.[2])

1) Ein Eid begründet ja keine Berechtigung für den, welchem er geleistet ist, sondern nur eine Verpflichtung des Schwörenden, ihn zu halten, welche natürlich die Sicherheit des Gläubigers vergrößert, aber notwendig subjektiv ist. Wollte man annehmen, der Schuldner habe in unserm Falle geschworen, unter keinen Umständen, im Fall er nicht zahle, creditorem super eo ulterius molestare, so wäre die Entscheidung des Papstes, der Schuldner habe juramenti debitum quantum in eo fuit erfüllt, schlechterdings rätselhaft. Denn eben mit seiner Klage würde er ja gegen seinen Eid handeln.

2) Ähnlich ist die Interpretation Warnkönigs Bd. 25, besonders S. 242. In seiner ausführlichen Erörterung (S. 228—244) sind andere Interpreten zahlreich angeführt.

Ihn interessiert nur die Frage, ob der Schuldner gegen seinen Eid handle oder nicht. War diese zu verneinen, so hatte der Gläubiger Unrecht, mochte nun die lex commissoria juramento firmata ungültig sein oder nicht. Darüber war dann jegliche Untersuchung unnötig.

Der Papst verneint diese Frage und stellt diese Untersuchung infolgedessen nicht an. Zu welchem Resultat er bei ihr gelangt wäre, läßt sich daher nicht sagen.[1]) Man kann aus unserer Stelle mit gleichem Recht oder Unrecht sowohl darauf, daß es negativ, als daß es positiv geworden wäre, schließen, und man hat auch beides gethan. Für die Wirkungslosigkeit einer solchen beschworenen lex commissoria beruft man sich darauf, daß der Papst ja erwähne, die lex commissoria sei verboten. Es sei anzunehmen, daß dieser zuerst angeführte Grund auch der Hauptgrund gewesen sei, so daß die Entscheidung in größerer Ausführlichkeit hätte lauten müssen: Erstens ist eine jede lex commissoria, auch eine eidlich bestärkte, wie die vorliegende, ungültig, aber auch wenn dem nicht so wäre, ist der Schuldner im Recht; denn er hat seinen Eid gar nicht verletzt, da er u. s. w.[2]) Für die entgegengesetzte Ansicht könnte man argumento e contrario schließen, der Papst würde, falls er gefunden hätte, der Schuldner sei in mora, diesem Unrecht gegeben haben: darum stelle er ja die ganze Erörterung an.[3]) Eins ist u. E. ebenso möglich, wie das andere, und wir werden deshalb darauf verzichten müssen, in unserer Stelle eine Antwort auf die obige Frage zu finden. Sie läßt sich nur entscheiden durch eine Untersuchung darüber, ob im Allgemeinen eine eidliche Bestärkung ungültige Rechtsgeschäfte zu gültigen machen kann.

---

1) So auch Warnkönig, Bd. 25, S. 243.

2) S. z. B. Glück, Bd. XIV, S. 95.

3) S. die Citate bei Warnkönig a. a. O. u. Vangerow, Pandekten I, § 383 Anm. sub 4 (S. 869).

§ 15.

Die vorliegende Frage ist für das kanonische Recht ebenso bestritten, wie für das gemeine, nicht so für das römische. Ulpian erklärt unter Berufung auf Marcellus mit bestimmten und deutlichen Worten, daß ein gesetzlich ungültiger Vertrag nicht dadurch gültig werde, daß er beschworen würde.[1]) Ebenso entschieden Marcian[2]) und die Kaiser Septimius Severus[2]), Caracalla[2]), Theodosius[3]) und Valentinian[3]), und Justinian erkennt den Grundsatz, wie durch Aufnahme der betreffenden Stellen in das corpus juris, so ausdrücklich[4]) an. Ausnahmen von diesem Satz werden aus dem römischen Recht zwei angeführt: die erste findet sich in l. 7 pr. § 1 D. de operis lib. 38, 1, wo Ulpian das eidliche Versprechen künftiger Dienste seitens des Freigelassenen an seinen Patron für klagbar erklärt. Diese Ausnahme ist aber nur scheinbar; denn es handelt sich nicht um eidliche Bestärkung eines verbotenen, ungültigen oder anfechtbaren Rechtsgeschäftes, sondern es soll durch den Eid einer an sich nicht klagbaren Leistung eine Basis für die Klagbarkeit geschaffen werden.

Die zweite Ausnahme wird in der bekannten c. 1 C. si adv. vend. 2, 27 (28)[5]) gefunden, in der Alexander Severus

---

1) l. 7 § 16 D. de pact. 2. 14: Ulpianus libro IV ad edictum: „quotiens pactum a jure communi remotum est, ... nec jusjurandum de hoc adactum ne quis agat servandum Marcellus . . . . . scribit."

2) l. 112 § 4 D. de legatis I: Marcianus libro VI institutionum: „Divus Severus et Antoninus rescripserunt jusjurandum contra vim legum et auctoritatem juris in testamento scriptum nullius esse momenti."

3) c. 5 § 2 (1) C. de legibus 1, 14: „ . . . . certum est nec stipulationem ejusmodi tenere nec mandatum ullius esse momenti nec sacramentum admitti."

4) Vgl. Nov. 82, 11, 1 und besonders Nov. 51, praefatio.

5) Imp. Alexander A. Florentino militi: „ si minor annis XXV emptori praedii cavisti, nullam de cetero te esse controversiam fac-

einem Soldaten die Restitution gegen ein während seiner Minderjährigkeit geschlossenes eidlich bestärktes Rechtsgeschäft versagt. Auch dies möchten wir als eigentliche Ausnahme nicht anerkennen. Bei der restitutio in integrum handelt es sich immer um einen konkreten Fall, und diesen konkreten Fall entschied der Kaiser. Er stellte kein allgemeines Prinzip damit auf, noch viel weniger aber wollte er eine Ausnahme von obiger Regel statuieren.[1]) Denn es handelt sich gar nicht um ein durch gesetzliche Bestimmung ungültiges Geschäft, sondern nur um einen eben der Restitution unterworfenen, an sich gültigen Vertrag. Erst die mittelalterliche Interpretation hat der Stelle unter Einwirkung kirchlicher Einflüsse[2]) eine bedenkliche[3]) Tragweite gegeben.[4])

Denn das Mittelalter dachte über unsere Frage anders, als das römische Recht. Nach religiöser Anschauung ist die

---

turum, idque etiam jurejurando corporaliter praestito servare confirmasti, neque perfidiae neque perjurii me auctorem futurum sperare tibi debuisti."

1) Es ist gewiß kein Zufall, daß das Reskript von demselben Alexander Severus ist, der in c. 1 pr. I. si adv. vend. 2, 41 (42) bei der restitutio in integrum energisch Berücksichtigung der speziellen Lage des Falles forderte, demselben Alexander, unter dessen Regierung Paulus schrieb: „non semper autem ea, quae a minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt" (l. 24, § 1 D. de in int. rest. 4, 4). Er wollte mit der c. 1. C. si adv. vend. gewiß nur den Satz, in integrum sei nur unter Berücksichtigung des konkreten Falls zu restituieren, praktisch in Anwendung bringen. — Daß auch Justinian an dem Prinzip durchaus festhielt, zeigen die Gründe, welche er in Nov. 51 angiebt: Sie passen für jeden Fall der eidlichen Bestärkung.

2) Darüber, daß Martinus kirchlichen Einflüssen zugänglich war, vgl. v. Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter, IV, S. 130/131.

3) Schon die Glossatoren billigten das Gesetz keineswegs (vgl. v. Savigny a. a. O. S. 191/192), und der Kaiser Heinrich VI. soll sogar mit dem Gedanken umgegangen sein, es wieder abzuschaffen (das. S. 192).

4) const. Friederici I. (wahrscheinlich aus dem Jahre 1155; vgl. v. Savigny a. a. O. S. 189): „sacramenta puberum sponte facta super

Verletzung einer Eidespflicht eine schwere Sünde, und die katholische Kirche, welche durch die umfassende Jurisdiktionsbefugnis ihrer Geistlichen sowohl, wie durch den Einfluß, welchen sie mittels kirchlicher Strafen auf den weltlichen Richter ausüben konnte und thatsächlich ausübte[1]), große Macht hatte, konnte ihre Rechtsgrundsätze in umfassender Weise durchsetzen. Für sie war der Begriff der Sünde ein auch rechtlich relevanter, und diese Anschauung führte z. B. zu den bekannten Rechtssätzen über Zinsennehmen[2]) und das Erfordernis der bona fides während der ganzen Frist der Ersitzung und Verjährung. Die Rücksicht auf die aeterna salus des Menschen wird ein für die Gesetzesauslegung und Gesetzgebung wesentlich mitbestimmender Faktor. So ist es auch nicht wunderbar, daß man auch der eidlichen Bestärkung einen firmierenden Einfluß zugestand. Zwar finden sich nur eine Reihe einzelner Entscheidungen[3]), aber es ist u. E. nicht zu bezweifeln, daß diese Einzelvorschriften, welche für bestimmte Fälle das Gültigwerden ungültiger Geschäfte durch promissorischen Eid festsetzen, Ausflüsse eines allgemeinen Prinzipes sind.[4]) Wie dies schon daraus hervorgeht, daß auch

---

contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiter custodiantur: per vim autem vel metum justum sacramenta etiam a majoribus extorta, maxime ne querimoniam maleficiorum faciant, nullius esse momenti jubemus" (auch in den libri feudorum II 52, § 10). Vgl. über diese authentica sacramenta puberum und ihre Entstehungsgeschichte z. B. Vangerow, Pandekten I, § 170 Anm. (S. 265) und besonders v. Savigny a. a. O.

1) Vgl. c. 2 in VI. de jurejurando 2, 11.

2) Nach Lucas VI, 35.

3) Z. B. c. 2 in VI. de pact. 1, 18; c. 28 X. de jurisjur. 2, 24; c. 9 X. eod.

4) Thibaut, logische Auslegung § 16 (S. 61/62) u. System, § 343; Savigny, System VII, § 309 (S. 51); Roßhirt, Civilrecht II, § 314 (S. 209); Arndts, Pandekten § 240, 1 (S. 420/421). Dagegen z. B. Sintenis, Civilrecht II, § 99 n. 1 (S. 113). Wächter, Württemb. Privatrecht II, S. 773 hält den Satz als allgemeinen für im kanonischen Recht nicht „ausgesprochen" (ebenso Pandekten § 188, Beilage).

absolut verbotene Geschäfte, wie ein Zinsversprechen, durch eidliche Bestärkung gültig werden sollen, so wäre es z. B. sonst nicht zu verstehen, wie man nichtige Geschäfte mündiger Minderjähriger durch Eid hätte gültig werden lassen können. Der Zweck des betreffenden Gesetzes, die Minderjährigen thunlichst zu schützen gegen Übervorteilungen, cum inter omnes constet fragile esse hujusmodi aetatis consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum[1]), wird durch jene Bestimmung gänzlichst vereitelt.[2])

Allmählich aber wandelte sich die Rechtsanschauung. Man begann anzunehmen, daß der Eid wohl eine subjektive Verpflichtung des Schwörenden begründe, ihn zu halten, daß das Recht aber seine Erfüllung zu erzwingen nicht habe, wie denn überhaupt der Begriff der Sünde nach heutiger Anschauung in das Gebiet der Moral, nicht des Rechtes fällt. Das Strafrecht kennt die Eidbrüchigkeit nur in gewissen Fällen, deren gemeinsames ist, daß der Eid vor einer staatlichen Behörde abgelegt worden ist.[3]) Wie sehr sich die Anschauung geändert hat, zeigt sich darin, daß das Reichsstrafgesetzbuch unter Umständen den Gläubiger mit verschärfter Ahndung bedroht, wenn er sich einen strafbaren Gewinn unter einem Eide hat versprechen lassen.[4])

Trotz dieser Veränderung in der Anschauung würde man ohne weiteres den Vorschriften des kanonischen Rechtes auch in

---

1) l. 1. pr. D. de in intr. rest. 4, 4.

2) Vgl. Pfeiffer, Praktische Ausführungen III, S. 169 und das dort mitgeteilte Erkenntnis (S. 178).

3) Reichsstrafgesetzb. § 162 (eidliche bestellte Sicherheit, Offenbarungseid). Nicht einmal bei dem Bruch eines jeden vor Behörden abgelegten promissorischen Eides tritt Strafe ein, so z. B. nicht beim Bruch des Amtseides (vgl. von Liszt, Strafrecht § 182 [S. 630]).

4) § 302. Dieser Paragraph ging aus dem preußischen Gesetz über das unerlaubte Kreditgeben an Minderjährige vom 2. März 1857 (§ 2) in den Entwurf zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund (§ 298) über. Die Motive zu diesem (Drucksachen des Reichstages 1870 Bd. 3, S. 82) geben an, es seien dieselben Motive maßgebend gewesen, wie beim

diesem Falle die Geltung im gemeinen Rechte nicht bestreiten können.[1]) Es kommt aber noch eine Verschiebung der Verhältnisse hinzu, welche u. E. die Anwendung der betreffenden Vorschriften zu einer Unmöglichkeit macht. Es war auch den kirchlichen Rechtslehrern klar, daß der Satz von der unbedingten Wirksamkeit eidlich geleisteter Versprechen, strikte durchgeführt, die bedenklichsten Resultate ergeben müsse. Ein jedes Gesetz würde seinen Zweck verfehlen, und besonders in den Fällen, in welchen das Recht am meisten Interesse an der Befolgung seiner Normen hat, wo der wirtschaftlich oder geistig Schwächere gegen die Ausbeutung eines überlegenen Gegners geschützt werden soll, würde ein Verbot illusorisch sein. Denn wer seinen Kontrahenten zur Eingehung schwerer und unbilliger Bedingungen oder ihm schädlicher Geschäfte bringt, wird in den weitaus meisten Fällen ihn auch zum Eide zu bewegen wissen. Es war also ein Korrektiv nötig, und dieses stand der Kirche zu Gebote: denn kraft seiner Gewalt, zu binden und zu lösen, hat der Papst und durch ihn der, welchem er diese Gewalt überträgt, die Befugnis einen Eid zu erlassen. Damit war die Möglichkeit gegeben, den Schuldner von seiner Verpflichtung zu befreien. Es lag dies von kirchlichem Standpunkt aus auch im Interesse des Gläubigers: denn wenn er sich einen verbotenen Gewinn verschaffte, gefährdete er sein Seelenheil. Er war also vom geistlichen Richter dazu anzuhalten, dem Schuldner den Eid zu erlassen, event. durch Androhung

---

preußischen Gesetz, nämlich „die gewinnsüchtige Ausbeutung des Leichtsinns Minderjähriger" thunlichst zu beschränken. — Übrigens bestimmt auch schon Justinian in Nov. 51, Cap. 1: *ὥστε και ἡμεις αυτικα ἐπαγομεν* decem librarum auri *ποινην απαιτουντες θαῤῥησοντα ὁλως τοιουτον ὁρκον λαβειν.*

1) Holzschuher, Theorie und Kasuistik II, § 126 hält diesen Grund für ausreichend, wenigstens in dem speziellen Fall der eidlich bestärkten l. c. Vielleicht auch Hölder, Pandekten § 58 n. 3 (S. 308/109): „Der vielfach gelehrte Satz, daß eine Willensäußerung, deren rechtliche Geltung nicht durch ihren Inhalt schlechthin ausgeschlossen ist, stets gültig sei im Falle ihrer eidlichen Bestärkung, ist unserem Rechte fremd."

kirchlicher Strafen dazu zu bringen. Verschlug auch dies nichts, so hatte der Obere das Recht, selbst die relaxatio juramenti vorzunehmen. So konnten allerdings die Folgen unseres Satzes in den bedenklichsten Fällen aufgehoben werden.[1])

Anders ist dies im heutigen Recht. Es sind nur zwei Möglichkeiten vorhanden: entweder hat der Eid schlechthin Wirksamkeit, und eine relaxatio juramenti ist nicht mehr zulässig, oder aber der weltliche Richter muß sie vornehmen können.[2]) Denn der geistliche Obere hat heutzutage in weltlichen Dingen keine Jurisdiktionsbefugnis mehr, und für die Protestanten fehlt eine ähnliche Behörde überhaupt.[3]) Nach protestantischer Anschauung hat kein Geistlicher die Kompetenz, Eide für unwirksam zu erklären. Noch viel weniger aber kann dies dem weltlichen Richter eingeräumt werden[4]), weder vom katholischen, noch auch vom protestantischen Standpunkt aus. Den ersten Weg zu gehen, eidlich bestärkte Willenserklärungen unbedingt als gültig anzusehen, ist aber gänzlich undenkbar.

So sind also u. E. die kanonischen Vorschriften über den

1) Vgl. hierzu Warnkönig, Bd. 25, S. 245—254.

2) So Puchta, Vorlesungen II, § 253 (S. 80).

3) Deswegen meint Warnkönig a. a. O. S. 254, bei den Protestanten sei ein der relaxatio unterworfener Eid schon von selbst ungültig. Das würde zu argen Konsequenzen führen: Es kann doch auf die Konfession des Richters in dieser Frage nicht so ankommen, wie auf die des Schwörenden. Dann kämen die Richter beider Konfessionen bei Aburteilung eines solchen Falles in schwere Bedrängnis: Der Katholik müßte den nicht erlassenen Eid, der doch nach seiner religiösen Auffassung noch bindend ist, für ungültig erklären, der Akatholik wiederum müßte gegen seine Überzeugung der relaxatio juramenti lösende Kraft zugestehen. Und wenn Warnkönig, S. 255, dem weltlichen Richter die Befugnis zur relaxatio einräumt — soll der protestantische Richter einen Katholiken seines Eides lossprechen können? In letzter Konsequenz gelangt diese Theorie zu der Forderung konfessioneller Gerichtshöfe.

4) Dies thun allerdings Warnkönig a. a. O. S. 255; Glück, Bd. IV S. 545: Holzschuher, Theorie und Kasuistik II, § 126 (S. 555) (für den Fall, daß man die kanonischen Bestimmungen für anwendbar halte).

Eid heute nicht mehr anwendbar, weil die Beschränkungen, welchen das Prinzip der Natur der Sache nach unterliegt, und deren Notwendigkeit vom kanonischen Recht selbst anerkannt wird, nach heutigem Rechtszustande als undurchführbar gelten müssen. Auf diesem Standpunkt steht denn auch die in der heutigen Jurisprudenz herrschende Meinung[1]), und die Praxis hat ebenfalls in einzelnen Entscheidungen in unserem Sinne entschieden.[2])

So werden wir also die anfangs aufgeworfene Frage, ob der eidliche Verzicht auf das Recht aus dem Verbot der lex commissoria rechtsgültig sei, für das kanonische Recht bejahen, dagegen für das römische und heutige gemeine Recht verneinen müssen.

---

1) Keller, Pandekten, § 225 (S. 497); Puchta, Vorlesungen II, § 253 (S. 80); Bekker, Pandekten II, § 108, Beil. II (S. 35/36); Dernburg, Pandekten I, § 121 (S. 289); Windscheid, Pandekten I, § 83 a, n. 6 (S. 230/231); Regelsberger, Pandekten, § 176, III (S. 640/641); Hölder, s. n. 18 (S. 42); Baron, Pandekten, § 218, III (S. 342); Wächter, Württemb. Privatrecht II, S. 772—774, Pandekten II, § 188, Beil.; Pfeiffer, Praktische Ausführungen III (S. 169 ff.). Der grundsätzliche Standpunkt ist bei allen derselbe, nämlich, daß die kanonischen Rechtssätze heute nicht mehr brauchbar sind Aber nur Keller, Puchta, Hölder, Dernburg (der übrigens Pfandrecht II, S. 285/286 sich im entgegengesetzten Sinne ausgesprochen hat) erkennen keine Ausnahmen an. Die übrigen halten zum Teil die S. 40 n. 31 citierten Stellen für singuläre Fälle, zum Teil halten sie die Ausnahmen für gewohnheitsrechtlich anerkannt. U. E. ist der Wegfall derselben allein konsequent. Glück, Bd. IV, S. 556/557, hält die Vorschriften zwar für sehr unbrauchbar, hält sie aber doch aufrecht unter Berufung auf den Gerichtsgebrauch (s. dagegen die folgende n.). Die entgegengesetzte Ansicht ist u. a. vertreten bei Savigny, System VII, § 309 (S. 51); Thibaut, System, § 343; Vangerow, Pandekten I, § 170, Anm. (S. 264/265); Arndts, Pandekten, § 240, 1, n. 2 (S. 420—422).

2) Vgl. das bei Pfeiffer a. a. O. S. 177/178 abgedruckte Erkenntnis des O. A. G. zu Kassel vom 20. Januar 1827, und Seuffert, Archiv II, 261 (O. A. G. Darmstadt [1831]: „übereinstimmend die ältere Praxis dieses Gerichtshofes, sowie des O. A. G. zu Kassel"). Einzelne Partikularrechte haben den Satz überhaupt gänzlich abgeschafft: s. Stobbe, Privatrecht III S. 145, n. 27.

§ 16.

Es erübrigt nun noch, zu untersuchen, ob der Schuldner im Prozeß auf sein Anfechtungsrecht verzichten könne, mit anderen Worten, ob das Verbot der lex commissoria vom Richter ex officio berücksichtigt werden muß. Das Verbot Konstantins enthält nichts hierauf Bezügliches: Das dort gebrauchte Wort infirmare[1]) ist zu farblos, als daß man Schlüsse aus ihm ziehen könnte. Wohl aber scheint der energische Ton des Reskriptes eher für die Bejahung als die Verneinung unserer Frage zu sprechen. Zudem hieße die Verpflichtung des Richters statuieren nur eine logische Folgerung ziehen aus dem Satze, daß ein Verzicht auf das Verbot ungültig sei.[2]) Es müßten also u. E. wesentliche Gründe angegeben werden, um den gegenteiligen Satz zu rechtfertigen. Der einzige Versuch der Begründung besteht aber in der Anführung des Satzes, der Schuldner könne ja, nachdem der Verfall eingetreten sei, und der Kreditor sich für das Behalten der Sache entschlossen habe, dem Gläubiger das Eigentum der Sache überlassen, ihm also das Pfandobjekt in solutum dare.[3]) Mit diesem Satz könnte man aber ebensogut motivieren, daß ein Verzicht auf die Anfechtung zur Zeit des Abschlusses des Kontraktes auch gültig sei. Denn auch zu dieser Zeit kann eine gültige Hingabe an Zahlungsstatt vereinbart werden. Außerdem würde der Grund nur dann Kraft haben, wenn man annehmen wollte, der Schuldner würde die lex commissoria stets anfechten, wenn sie zu seinem Schaden sei. Das ist aber nicht der Fall: es können auch andere Gründe, als die Überlegung, die Klausel sei nicht gegen sein Interesse, den Schuldner bewegen, von einer Anfechtung abzustehen. In dem Falle freilich, wo er fürchten müßte, der Gläubiger würde, wenn er sein Recht

1) Dirksen, Manuale latinitatis. s. h. v.: viribus privare, iritum efficere.

2) Daß unser Satz nur die Folgerung aus der Ungültigkeit des Verzichts sei, auch das Urteil bei Seuffert VIII, 237.

3) Dernburg, Pfandrecht II, S. 285.

geltend mache, vielleicht andere Forderungen kündigen, würde er es kaum überhaupt zu einem Prozeß kommen lassen: denn dadurch liefe er ja schon Gefahr, daß jene Folge eintrete.

Gesetzt aber den Fall, es habe jemand eine kommissorische Klausel eidlich bestärkt, fühle sich in seinem Gewissen durch den Eid gebunden: nun kommt es wegen irgend eines Grundes zum Prozeß, und er unterläßt aus dem angegebenen Grunde die Anfechtung. Dann trifft die oben angegebene Begründung nicht das Richtige. Hier würde der Schuldner, wenn er sich nicht für gebunden hielte, gewiß nicht auf sein Recht verzichten.

Der Einwand, welchen die Gegner machen, ist also nicht haltbar, und so ist u. E. kein Grund vorhanden, die Anwendbarkeit der in der Praxis[1]) übereinstimmend anerkannten Regel anzufechten. Wir können daher das Verbot der lex commissoria mit vollem Rechte unter die Gesetze rechnen, welche von dem Richter ex officio zu beobachten sind.[2])

Abschnitt II.

Die Zeit vom 14. November 1867 bis zur Gegenwart.

§ 17.

Damit sind die Sätze erschöpft, welche man u. E. über die Wirksamkeit oder besser Unwirksamkeit der lex commissoria gegenüber dem Verpfänder nach gemeinem Rechte aufstellen kann. Es ist aber die Frage, ob sie heute noch gelten, oder ob etwa das

1) Vgl. das oben (S. 45 n. 2) n. 2 citierte Erkenntnis des O. A. G. zu Lübeck vom 28. Januar 1854 und das Urteil des O. L. G. zu Braunschweig (II. Senats) vom 27. Mai 1884 (Seuffert 41, 177).

2) Dagegen sind allerdings Dernburg a. a. O., und wohl auch Windscheid, I, § 238 n. 3 (S. 723). Dafür Witelshöfer, Pfandrecht an einer Forderung, S. 9 und n. 9.

Konstantinische Verbot durch das Reichsgesetz, betreffend die vertragsmäßigen Zinsen, vom 14. November 1867[1]) aufgehoben ist.

In den ersten Bearbeitungen dieses Gesetzes wurde die Frage bejaht, seither hat aber eine konstante Praxis sich im verneinenden Sinne entschieden[2]), und auch in der Theorie sind zahlreiche Stimmen für die Erhaltung des Verbotes laut geworden, so daß man die letztere Meinung wohl als die heute herrschende bezeichnen darf.[3]) Folgende Erwägungen bestimmen

1) Endgültiger Wortlaut des Gesetzes: § 83 der Druckſachen des Reichstags, 1867.

2) O. Tr. Berlin, am 30. März 1871 (Entsch. 65, 38); O. A. G. Rostock, am 24. März 1879 (Budde, Entsch. ꝛc., IX [N. F. IV], Nr. 14, S. 60 ff.); I. Hilfssenat des R. G., am 5. Oktober 1880 (Entsch. II, S. 333 ff.); I Civilsenat des R. G., am 2. April 1881 (Entsch. IV, S. 51 ff.).

3) Es verneinen die Frage: Achilles, Die preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothek, § 43 n. 5 (S. 266); Bahlmann, Das preußische Grundbuchrecht, § 43 n. 4 (S. 180); Cohn in Endemanns Handbuch III, § 440 (S. 971); Dernburg, Pandekten I, § 280, n. 11 (S. 690); derselbe, Preußisches Privatrecht I, § 339 n. 8 (S. 855); Eccius, in der VI. Auflage des Försterschen Privatrechts III, § 190 (S. 450/451); Eck, l. c. in v. Holtzendorff, Rechtslexikon II (S. 659/660); Exner, Österr. Hypoth.-R., § 27 n. 16 (S. 179)*; Makower, Komm. zum Handelsgesetzbuch* nach art. 292, sub **, Mandry, Civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze, § 37 n. 8 a. E. (S. 354); Motive zu d. Entwurfe eines bürg. Gesetzb. f. d. Deutsche Reich zu § 1167 (III, S. 820 sub 1); Puchelt, Das rheinisch-französische Privilegien- und Hyp.-R. (S. 153); Regelsberger, Bayr. Hyp.-R., § 80 (S. 390); Roth, Privatrecht III, § 310 n. 25 (S. 643) und § 325 n. 24 (S. 728); Stobbe, Privatrecht II, § 155 n. 49 (S. 706); Wächter, Pandekten II, § 174, Beil. II sub 2 c (S. 302); Windscheid, Pandekten I, § 238 n. 3 a. E. (S. 723).

Bejaht wird sie von: Endemann, in seinem Handbuch des Handelsrechts II, § 177 (S. 75/76); Förster*, Theorie und Praxis III, § 190 n. 30 (S. 384); derselbe im Grundbuchrecht, cap. III, § 8 (S. 174); Hinschius, in der Zeitschr. für Gesetzg. u Rechtspfl. II (S. 51—56); Jacques, Wuchergesetzgebung, S. 76 ff. n. 1; Meibohm, Mecklenb. Hyp.-R.*, § 18 (S. 137); Motive für das preußische Gesetz vom 5. Mai 1872 (die Stelle ist abgedruckt bei Bahlmann a. a. O.; vgl. über sie R. G. II, S. 333 ff.); Witelshöfer, Pfandrecht an einer Forderung (S. 9—11).

NB. * bedeutet „ohne Begründung".

uns, uns ihr anzuschließen: Der erste Grund, welcher für die Aufhebung des Verbotes ins Feld geführt wird, ist, daß das Verbot der lex commissoria ein Ausfluß der beschränkenden Bestimmungen über den Wucher sei und somit zugleich mit diesen Beschränkungen fallen müsse.[1]) Dagegen ist zweierlei einzuwenden: zunächst geht die Tendenz des Gesetzes gar nicht dahin, alle und jede Beschränkung des Wuchers aufzuheben.[2]) Es ging hervor aus der Initiative des Reichstags[3]), und es sind ihm daher keine Motive beigegeben, aus welchen auf seine allgemeine Absicht zu schließen wäre. Aber die Reden der Abgeordneten, besonders des Antragstellers selbst geben wichtige Anhaltspunkte und noch mehr die Verwerfung einzelner weitergehender Verbesserungsanträge.[4]) So sagt das Gesetz z. B. nichts über das Verbot des Anatozismus, welches sich doch auch als eine Wucherbeschränkung darstellt, ebensowenig über das Verbot des Zinsennehmens ultra alterum tantum. Die Abschaffung beider Verbote wurde beantragt, doch gelangte der Antrag nicht zur Annahme.[5]) Von der lex commissoria ist überhaupt während

---

1) So von den genannten: Endemann, Förster, Witelshöfer.

2) Vgl. die Rostocker Entsch., S. 62; R. G. II, S. 335; IV, S. 53.

3) Antrag Lasker: § 12 der Druckf. des Reichstages, 1867.

4) Verbesserungsantrag Endemann: § 59 daf.; Zusatzantrag Ausfeld u. Gen., § 74 daf. Beide Anträge wurden in der 17. Sitzung (10. Oktober 1867) von den Antragstellern zurückgezogen. (Stenograph. Bericht, S. 351/352.)

4) Verbess. Endemann, § 4: „Durch Übereinkunft kann das Recht, Zinsen von Zinsen oder von sonstigen Kreditvergütungen zu beziehen, begründet werden." § 5: „Rückständige Zinsen oder sonstige Vergütungen des Kredits können den Betrag der Hauptschuld übersteigen."

5) Hinschius a. a. O. S. 24—28 erklärt allerdings trotzdem die Beschränkung auf das alterum tantum für aufgehoben, jedenfalls im Gegensatze zu der ausgesprochenen Absicht des Antragstellers (vgl. Laskers Schlußwort, sten. Ber., S. 348). Uns will es auch so scheinen, als läge ein Anhalt zu dieser Folgerung im Gesetz selbst nicht vor. Dagegen auch Mandry a. a. O. S. 355/356. Das Verbot des Anatozismus erkennt aber auch Hinschius als noch bestehend an.

des ganzen Verlaufs der Beratung nie die Rede gewesen: vielmehr erklärte der Antragsteller ausdrücklich, er habe mit Absicht die Bestimmungen so gefaßt, daß sie thunlichst nur die Zinsgesetze beträfen.[1]) Das Verbot der lex commissoria ist aber kein solches Zinsgesetz: Es ging allerdings hervor aus dem Bestreben, den Wucherern einen Weg zur Bedrückung des Schuldners zu versperren, that dies aber, indem es einen bestimmten Modus der Realisierung des Pfandrechtes verbot.[2]) Es gehört also, wie schon oben bemerkt, in das Gebiet des Pfandrechtes[3]), nicht in das Obligationenrecht, in welches allein ein Gesetz, betreffend die vertragsmäßigen Zinsen, eingreifen kann.

Damit ist schon der zweite Einwand zum Teil angegeben: das Verbot ist gar nicht in diesem Sinne eine Beschränkung des Wuchers. Das ergiebt sich schon daraus, daß nicht nur die Fälle unter dasselbe gehören, in denen eine wucherische Festsetzung liegt, sondern eine jede, auch nicht wucherische Verfallsklausel.[4])

Wir glauben infolgedessen diesen Grund, daß aus der Tendenz des Gesetzes die Aufhebung des Verbots zu folgern sei, als nicht stichhaltig bezeichnen zu dürfen.

§ 18.

Die andere Begründung der gegnerischen Ansicht stützt sich auf die Behauptung, in der lex commissoria liege eine Konventionalstrafe, und nach § 1 unseres Gesetzes unterlägen diese der freien Vereinbarung.[5]) Nun ist ja allerdings richtig, daß

---

1) Vgl. die S. 48, n. 5 citierte Stelle des Schlußwortes.

2) So Bahlmann, Cohn, Dernburg, Mandry, Regelsberger, Wächter; auch wohl Achilles. Daß die c. 3 C. cit. nicht dem Zinswucher vorbeugen sollte, setzt auch auseinander Warnkönig, Bd. 24, S. 358.

3) So Puchelt („die Hypothekengesetzgebung kein Gegenstand jenes Gesetzes"); O. Tr. Berlin, S. 44 („Spezialvorschrift für das Pfandrecht").

4) Dies führen zur Begründung an: Cohn und R. G. II, S. 334.

5) So Hinschius, Jacques und auch wohl Meibohm (vgl. seinen Text

bei einem Gesetze das als geltend betrachtet werden muß, was in ihm ausgedrückt liegt, nicht aber, was der Gesetzgeber etwa ausdrücken wollte. Es kommt also thatsächlich darauf an, ob die genannte Behauptung richtig ist.

Dagegen wird geltend gemacht, daß die Konventionalstrafe regelmäßig die Festsetzung des Interesses der Beteiligten an der rechtzeitigen Erfüllung bezwecke.[1]) Das sei aber nicht der Sinn der lex commissoria. Jedoch scheint uns dieser Einwand für das gemeine Recht jedenfalls nicht schlagend: Dies kann wohl der Zweck sein, ist es aber nicht immer. Es ist nur eine thatsächliche Folge der Vereinbarung, daß der Gläubiger sein Interesse nicht erst nachzuweisen braucht, sondern sich auf den Kontrakt stützen kann. Sehr oft wird es im praktischen Leben vorkommen, daß sich das Interesse mit der Höhe der Strafe keineswegs deckt.[2])

Schwerwiegender scheint uns folgendes zu sein: Wäre die lex commissoria eine Konventionalstrafe, so gehörte sie in die Klasse derselben, bei welcher der Gläubiger die Wahl zwischen Beitreibung der Strafe oder des Interesses hat. Bei der Konventionalstrafe kann er dann nach feststehender Ansicht, wenn er eins gewählt hat, den Mehrbetrag des anderen nachfordern.[3]) Bei der lex commissoria kann er dies aber nicht.[4]) U. E. ist dies eine grundsätzliche Verschiedenheit.

Außerdem aber würden unter den Begriff der Konventional-

---

und n. 50 das.). Gegen die Eigenschaft der l. c. als Konventionalstrafe sprechen sich ausdrücklich aus: Cohn, Eccius, Eck, O. A. G. Rostock, O. Tr. Berlin, R. G., II, S. 335, IV, S. 52.

1) So in ausführlicher Darlegung: O. Tr. Berlin, unter Berufung auf das preußische Landrecht und mehrere Pandektisten.

2) Ebensowenig schlagend scheint uns die Bemerkung des Rostocker Erkenntnisses, bei der Konventionalstrafe habe der Schuldner stets etwas zu leisten, bei der l. c. verliere er nur etwas. Der Unterschied ist vielleicht begrifflich denkbar, praktisch und faktisch ist er nicht vorhanden.

3) Vgl. Windscheid, Pandekten II, § 285, n. 15.

4) Vgl. § 3 (S. 9 a. E.).

strafe jedenfalls nur diejenigen Fälle der lex commissoria gebracht werden können, in welchen der Wert des Pfandobjektes und die Höhe der Forderung eine thatsächliche Differenz zeigen: nur dann kann man von einer Strafe reden. Das sind aber nicht alle Fälle der lex commissoria. Damit erhielten wir denn das sehr wunderliche und gänzlichst unpraktische Resultat, daß eine lex commissoria, welche dem Schuldner Schaden und Nachteil einträgt, erlaubt ist, die ihm aber keinen Verlust bringt, vielleicht gar in seinem Interesse liegt, verboten bliebe.

Dieses letzte Argument ist u. E. entscheidend.[1]) Das Verbot der lex commissoria kann durch die Freigebung der Konventionalstrafe nur dann aufgehoben sein, wenn die beiden Begriffe sich vollständig decken. Da dies nicht der Fall ist, so ist auch dieses Argument unserer Gegner hinfällig, und man muß auch noch heute das Konstantinische Verbot für wirksam erachten.

Schluß.

Unser Resultat ist u. E. auch nicht zu bedauern. Zwar ist die Behauptung nicht neu[2]) und auch heute noch nicht aufgegeben[3]), daß das Verbot der lex commissoria unpraktisch sei. Aber es ist doch, meinen wir, nicht zu übersehen, daß die kommissorische Klausel einer der Wege ist, welche dem Wucher die Erreichung seines Zieles erleichtern. Je mehr Mittel aber sind, desto größer auch die Versuchung, sie zu gebrauchen, desto leichter, aus der Notlage eines andern unberechtigten Vorteil zu ziehen.

So ist es u. E. immerhin von Wert, daß dieser Weg den Wucherern versperrt bleibt, und es hält denn auch der Entwurf

1) Es findet sich in: R. G., II, S. 334; auch bei Wächter a. a. O.
2) Vgl. Warnkönig, Bd. 24, S. 363 ff. über die Ansicht von Riccius.
3) Vgl. Endemann, Das deutsche Handelsrecht § 76 n. 18 (S. 373).

eines bürgerlichen Gesetzbuches das Verbot in seinen wesentlichen Bestimmungen aufrecht, ja, dehnt es sogar in gewisser Beziehung aus. Der betreffende Paragraph lautet[1]):

„Eine vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls[2]) er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig."

Es ergiebt sich hieraus zunächst, daß nicht mehr eine zur Zeit der Fälligkeit der Forderung abgeschlossene lex commissoria ungültig sein soll, eine Veränderung, welche kaum zu beklagen ist. Ferner aber folgt aus den Worten „zufallen oder übertragen werden soll", daß nicht nur die dingliche, auf die Eigentumsübertragung gerichtete Vertragsklausel ungültig sein soll, sondern jeder auf denselben Effekt hinzielende obligatorische Vertrag. Es würde also nach dem Recht des Entwurfs in den Fällen einer bedingten emptio venditio oder datio in solutum des Pfandobjektes keine Untersuchung darüber mehr nötig sein, ob der betreffende Kontrakt wucherisch sei oder nicht. Das Kriterium für die Gültigkeit würde vielmehr sein, ob der Kontrakt vor der Fälligkeit der Forderung geschlossen ist oder nicht. Im letzteren Falle ist er gültig, im ersteren nicht. Es läßt sich nicht leugnen, daß die Beurteilung hierdurch eine erheblich leichtere werden würde.

---

1) In der Fassung der dem Reichstage gemachten Vorlage. Es ist der § 1212 derselben, welcher mit dem § 1136 des Entwurfs 2. Lesung bis auf eine Abweichung (s. die folgende Note) wörtlich übereinstimmt. Der § 1167 des Entwurf I ist etwas umständlicher gefaßt, enthält aber dasselbe.

2) Für dieses „falls" hat der Entwurf II „wenn".

Anhang.

(Zu § 5 S. 16 n. 1.)

Verfasser hat leider nur folgende Verordnungen zu Gesicht bekommen können:

Bremen:

1. Obrigkeitliche Bekanntmachung, die Verkaufsbefugnisse der Pfandleihanstalt betreffend, vom 27. Nov. (30. Dez.) 1854.
2. Gesetz, betreffend das Pfandleihgewerbe vom 16. Okt. 1881.

Hamburg:

3. Leihhausordnung v. 25. Nov. 1722.
4. Anweisung für diejenigen, welche Pfänder versetzen wollen (von demselben Datum).
5. Verordnung für diejenigen, welche auf Pfänder verleihen, vom 8. Okt. 1789.
6. Neue Leihhausordnung vom 14. Dez. 1775.
7. Verordnung der Polizeibehörde vom Okt. 1869.
8. Gesetz, betreffend die Pfandleiher, vom 28. Juni 1871.
9. Revidierte Leihhausordnung vom 5. Dez. 1879.
10. Gesetz, betreffend die Pfandleihordnung, vom 10. Dez. 1880.
11. Leihhausordnung vom 28. Dez. 1882.

Hannover:

12. Reglement für das Leihhaus und die Sparkasse der Stadt Hildesheim vom 4. Aug. 1831.
13. Dasselbe für die Stadt Emden vom 1. Okt. 1832.
14. Dasselbe für die Stadt Münden vom 29. Jan. 1834.
15. Erlaß des Kgl. Ministeriums des Innern v. 15. Okt. 1847.

Lübeck:

16. Ordnung für die öffentlichen Leihhäuser in der Kaiserl. Freyen und des heil. Römischen Reichsstadt Lübeck vom 13. Juni 1789.
17. Bekanntmachung, die revidierte Leihhausordnung betreffend, vom 7. (11.) Juni 1855.

18. Verordnung, den Betrieb des Leihens auf Pfänder als Gewerbe betreffend, vom 5. (8.) März 1856.

Preußen:

19. Allerhöchste Kabinetsordre, die Grundsätze für die öffentlichen städtischen Leihanstalten betreffend, vom 28. Juni 1826.

20, Gesetz, betreffend das Pfandleihgewerbe, vom 17. März 1881.

Sachsen.

21. Gesetz über das Pfandleihgewerbe vom 21. April 1882.

In allen diesen Verordnungen und Gesetzen findet sich übereinstimmend das Recht des Pfandleihers zum Verkauf festgesetzt. Derselbe hat in öffentlicher Auktion stattzufinden, und ein etwaiger Überschuß ist nach allen Verordnungen gleichmäßig (nur Nr. 7 erwähnt nichts vom Überschuß) dem Verpfänder auszukehren.

Verschiedenheiten finden sich in diesem Punkte nur bezüglich der Frist, während welcher dem Verpfänder dieser Überschuß aufbewahrt wird, und der Verwendung des davon etwa nicht erhobenen Geldes (2, 9—11, 18: Verfall an den Fiskus; 16 u. 17: an das Leihhaus; 19—21: an die Ortsarmenkasse).

Interessanter ist folgendes: Der Verpflichtung des Pfandleihers, den Überschuß herauszugeben, müßte konsequenterweise auch das Recht entsprechen, den etwa im Fall eines Mindererlöses fehlenden Betrag vom Schuldner einfordern zu können. Eine Klage gegen den Verpfänder ist dem Hausverwalter aber nur in den drei Verordnungen Lübecks (16—18) eingeräumt, die übrigen, welche die Eventualität erwähnen (2, 3, 6, 9, 11), lassen den Verwalter allein haften. Es ist dies wohl ein Überbleibsel deutsch-rechtlicher Anschauungen: Bei der älteren Satzung galt genau dasselbe (vgl. Stobbe, Privatrecht II, § 106, S. 304/305).

Druck von Hesse & Becker in Leipzig.

Hesse & Becker, Leipzig.